JOSÉ MARCOS LUNARDELLI

A REGULAÇÃO DAS PROFISSÕES E O CONTROLE JUDICIAL

Tese apresentada ao Departamento de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito para a obtenção do grau de doutor em direito. Orientador: Prof. Titular Dr. Fábio Nusdeo.

SÃO PAULO
2008

JOSÉ MARCOS LUNARDELLI

A REGULAÇÃO DAS PROFISSÕES E O CONTROLE JUDICIAL

Tese apresentada ao Departamento de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito para a obtenção do grau de doutor em direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

_____
Prof. Titular Dr. Fábio Nusdeo
Faculdade de Direito da Universidade São Paulo

_____

_____

_____

_____

Resultado: _____

São Paulo, ____ de_____ de 2008

AGRADECIMENTOS

O trabalho acadêmico é normalmente uma caminhada solitária, embora somente seja possível levá-lo a cabo com ajuda e o incentivo dos amigos e professores, sem os quais seria indiscutivelmente mais difícil e penoso.

Para a realização desta tese contei com o apoio de muitos amigos, os quais, todavia, não têm nenhuma responsabilidade pelo resultado final do trabalho. Eventuais equívocos ou falhas existentes são exclusivamente meus. Durante a elaboração da tese acumulei muitos débitos que são impagáveis com estes agradecimentos.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Fábio Nusdeo, pela oportunidade que me deu de fazer o mestrado e continuar no doutorado e, ainda, pelos seus ensinamentos. A seriedade, o espírito público, dedicação e honestidade intelectual do Prof. Fábio são exemplos a ser seguidos. Tê-lo como orientador, além de ser uma honra, é especialmente maravilhoso, por poder conviver com a sua inteligência e bom-humor, além de ser ele um orientador sempre disposto a ouvir os alunos.

Quero agradecer aos comentários que recebi dos professores Antonio Rodrigues de Freitas Jr. e Antonio Evaristo Teixeira Lanzana na argüição de qualificação e também aos amigos Carlos Ari Sundfeld, José Carlos Francisco, Ricardo Castro Nascimento e Victor Carvalho Pinto que ofertaram valiosas sugestões para a realização deste trabalho.

Agradeço especialmente a Luiz Antonio Nogueira Martins, cujo apoio foi fundamental para o trabalho ter chegado ao fim. Também merece especial agradecimento Rafael Prince Carneiro pela leitura do trabalho, revisões e por me ouvir falar sobre o tema do profissionalismo. Agradeço a ajuda nas correções finais a Jéssica Nadia Cavalcante Gomes da Frota, Silvio Lourenço e Flora Salles.

Em nome de Suzana Zadra e Sandra Belmonte, agradeço a todos que trabalham comigo e me auxiliam no dia-a-dia. Sem vocês, seria impossível realizar este trabalho.

Por fim, a despeito da importância que todos os mencionados anteriormente têm na minha vida acadêmica e profissional, o agradecimento mais importante é devido a minha esposa, Ana Laura, e ao meu filho, Pedro, pela compreensão que tiveram com a minha ausência para elaboração do presente trabalho, permitindo concluí-lo quando achei que não conseguiria. Essa tese eu dedico ao meu filho, Pedro.

LUNARDELLI, J. M. *A regulação das profissões e o controle judicial*. 2008. 269 f. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

RESUMO

Esse trabalho analisa o significado da liberdade profissional assegurada pela Constituição Federal quando prescreve no artigo 5º, inciso XIII, que *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.* Trata-se de liberdade sujeita à lei restritiva, que pode condicionar o exercício de uma atividade privada à obtenção prévia de licença ocupacional (proibição com reserva de autorização). Em regra, a regulação profissional cria mercados relativamente "fechados", pois o ingresso em tais setores regulados passa a depender de habilitação especial por parte do poder público ou de corporações profissionais. Neste trabalho, examina-se a regulação profissional com ênfase na identificação dos critérios admitidos pelo direito público, bem como pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na constituição de uma profissão, especialmente qual o sentido da cláusula *qualificações profissionais* como fator de restrição da liberdade profissional. Busca-se também verificar se é possível estabelecer alguma relação entre os critérios aceitos pela jurisprudência como pertinentes para restrição da liberdade profissional e os indicados pela sociologia das profissões como fundamento para uma ocupação se tornar profissão.

PALAVRAS-CHAVE: regulação profissional; liberdade de profissão; qualificações profissionais; auto-regulação profissional.

LUNARDELLI, J. M. *A regulação das profissões e o controle judicial*. 2008. 269 f. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

ABSTRACT

Our thesis analises the meaning of professional freedom secured by the Brazilian Federal Constitution disposition which states that *the exercise of any job, occupation or profession, as long as the professional qualifications stabilished by law are met* (Article 5, XIII). This freedom is subject to a restrictive law, which is able of conditioning a private activity's performance to the obtention of a previous occupational license. Generally, professional regulation leads to the creation of relatively closed markets, due to the entrance in such regulated sectors being dependant of habilitation by public authorities or professional corporations. We examine professional regulation stressing the identification of criteria accepted by Public Law and also by the Federal Supreme Court jurisprudence for the stablishment of a profession – specially the *professional qualifications* disposition's sense. We also ought to verify the possibility of relating the jurisprudencial criteria for restricting professional freedom and those appointed by the Sociology of Professions as main reasons for an occupation to become a profession.

KEYWORDS: professional regulation, freedom of profession, professional qualifications, professional self-regulation.

LUNARDELLI, J. M. *A regulação das profissões e o controle judicial*. 2008. 269 f. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

RIASSUNTO

Questo lavoro analizza il significato della libertà professionale assicurata dalla Costituzione Federale, come prescritto nell'articolo 5º, paragrafo XIII, quando si dice che "è libero l'esercizio di qualunque lavoro, mestiere o professione, se si hanno le qualificazioni professionali che la legge stabilisce". Si tratta di una libertà soggetta alla legge restrittiva, che può condizionare lo svolgimento di un'attività privata al precedente ottenimento di una licenza occupazionale (proibizione con riserva di autorizzazione). Generalmente, la regolamentazione professionale crea mercati relativamente "chiusi", dal momento che l'ingresso in tali settori regolati dipende da una licenza speciale fornita dal potere pubblico e dalle corporazioni professionali. In questo lavoro, si esamina la regolamentazione professionale con enfasi nell'identificazione dei criteri ammessi dal diritto pubblico e dalla giurisprudenza del Supremo Tribunale Federale, nella costituzione di una professione, soprattutto qual è il senso della clausola *qualificazioni professionali* como fattore di restrizione alla libertà professionale. Si cerca anche di verificare se è possibile stabilire qualche relazione tra i criteri accettati dalla giurisprudenza come pertinenti al fine di restringere la libertà professionale e quelli indicati dalla sociologia del lavoro como fondamentali affinché un mestiere possa diventare professione.

PAROLE CHIAVE: Regolazione professionale; libertà di professione; qualificazioni professionali, autoregolazione professionale.

LISTA DE ABREVIATURAS

AMA – American Medical Association

Adin – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

DJ – Diário da Justiça

IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

RDA Revista de Direito Administrativo

RAP – Revista de Admininstración Pública

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RDP – Revista de Direito Público

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TFR – Tribunal Federal de Recursos

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Européias

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 12

1. PROFISSÃO: UMA DEFINIÇÃO CONTROVERTIDA..... 18

1.1. Introdução..... 18

1.2. Polissemia do termo profissão..... 18

1.3. Hierarquia do trabalho e conceito de profissão.....21

1.4. Profissões *versus* ofícios..... 24

1.5. Profissão, profissão liberal e universidades no mundo pré-industrial..... 27

1.6. Profissões liberais: "experts" *versus* "gentlemen".....30

1.7. Classificação das profissões regulamentadas no Brasil..... 35

1.7.1. Considerações iniciais.....35

1.7.2. Profissões corporativas.....39

1.7.2.1. A natureza das entidades corporativas..... 39

1.7.2.2. A função das entidades corportativas.....49

1.7.2.3. Classificação das profissões corporativas..... 51

1.7.3. Profissões não-corporativas.....57

1.7.3.1. Profissões não-corporativas que não exigem credencial acadêmica ou exame de aptidão..... 58

1.7.3.2. Profissões não-corporativas que exigem apenas exame de aptidão... 59

1.7.3.3. Profissões não-corporativas que exigem credencial acadêmica de nível técnico.....59

1.7.3.4. Profissões não-corporativas que exigem credencial acadêmica de nível técnico e aprovação em exame de aptidão..... 60

1.7.3.5. Profissões não-corporativas que exigem credencial acadêmica de nível superior.....60

1.7.3.6.Profissões qualificadas como ofícios públicos.....60

1.8. Profissão: uma definição controvertida?.....65

2. ABORDAGENS SOCIOLÓGICAS DAS PROFISSÕES.....67

2.1. Introdução..... 67

2.2. As profissões no pensamento sociológico clássico.....67

2.3. As profissões no paradigma funcionalista..... 71

2.4. O processo de profissionalização das ocupações.....77

2.5. Profissões: *new power litterature*..... 80
2.6. Profissões: projeto profissional..... 83
2.7. Profissões: "fechamento social" e sinecuras..... 88
2.8. Profissionalismo: terceira lógica..... 93
2.8.1. Autoridade da expertise: autonomia técnica..... 95
2.8.2. Credencialismo e mercados de trabalho protegidos..... 99
2.8.3. Compromisso de servir com independência..... 102
2.9. Estado e profissão..... 104
2.10. Síntese das questões..... 106
3. LIBERDADE DE PROFISSÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO..... 111
3.1. Introdução..... 111
3.2. Liberdade de profissão na constituição italiana de 1947..... 111
3.3. Liberdade de profissão na lei fundamental alemã de 1949..... 115
3.3.1. Liberdade profissional e a teoria dos "degraus" (*Stufentheorie*)..... 119
3.4. Liberdade de profissão na constituição francesa de 1958..... 123
3.4.1. Liberdade de profissão e as intervenções públicas..... 126
3.5. Liberdade de profissão na constituição portuguesa de 1976..... 127
3.5.1. Distinção entre liberdade de profissão e livre iniciativa econômica..... 129
3.5.2. O conteúdo essencial da liberdade de profissão: restrições possíveis..... 132
3.5.3. Jurisprudência do Tribunal Constitucional: o profissionalismo e o acesso restrito à atividade farmacêutica (acórdão 76, de 6 de maio de 1985)..... 136
3.6. Liberdade de profissão na constituição espanhola de 1978..... 144
3.6.1. Considerações gerais..... 144
3.6.2. Distinção entre os conceitos de "escolha" e "exercício" de profissão nos artigos 35.1 e 36 da constituição espanhola..... 145
3.6.3. Conceito de profissão titulada do artigo 36 da constituição espanhola..... 147
3.6.4. Regulação profissional e a reserva legal..... 149
3.6.5. O conteúdo essencial da liberdade de profissão na jurisprudência constitucional espanhola..... 150
4. A LIBERDADE DE PROFISSÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA..... 156
4.1. Introdução..... 156

4.2. A constituição imperial de 1824..... 156
4.2.1. Corporações de ofícios e a sua extinção em 1824.....158
4.2.2. Organização das profissões imperiais..... 159
4.2.2.1. Regulação da profissão médica..... 159
4.2.2.2. Regulação da profissão de advogado..... 165
4.2.2.3. Regulação da profissão de engenheiro..... 167
4.3. Constituição republicana de 1891..... 170
4.4. A constituição de 1934.....177
4.5. A constituição de 1937.....184
4.6. Constituições de 1946 e 1967..... 185
4.7. Constituição de 1988.....187
4.7.1. Perfil constitucional da liberdade de profissão..... 187
4.7.2. Liberdade de profissão e o princípio "pro libertate".....189
4.7.3. Restrições à escolha da profissão.....191
4.7.3.1. Credencial educacional..... 191
4.7.3.2. Condições de idoneidade.....193
4.7.3.3. Exame de capacidade profissional..... 194
4.7.3.4. Condições objetivas de escolha das profissões..... 195
4.7.4. Restrições ao exercício das profissões..... 197
4.7.4.1. Inscrição na entidade corporativa e registro profissional.....197
4.7.4.2. O pagamento de anuidades.....199
4.7.4.3. Submissão a normas éticas.....203
5. LIBERDADE DE PROFISSÃO NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 207
5.1. Introdução..... 207
5.2. Caso dos corretores de imóveis (Representação nº 930 – DF)..... 207
5.3. Caso da restrição temporária do exercício da advocacia (Representação nº 1064 – DF).....214
5.4. Caso dos dos médicos fisiatras *versus* fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais (Representação nº 1.056 - DF).....218
5.5. Caso dos biomédicos *verus* farmacêuticos (Representação nº 1.256 - DF)..... 222
5.6. Caso da distância entre as farmácias (Súmula nº 646 do STF).....224
5.7. Caso dos jornalistas.....226

6. REGULAÇÃO PROFISSIONAL E DIREITO CONCORRENCIAL.....232
6.1. Profissão *versus* empresa..... 232
6.2. Razões da regulação do mercado de serviços profissionais.....232
6.3. Profissões e direito concorrencial: multiplicidade de juridições.....235
6.4. Profissões e concorrência no direito comparado.....236
6.4.1. Estados Unidos da América..... 236
6.4.1.1. Sujeição das profissões ao *Sherman Act*..... 236
6.4.1.2. A *state action exemption*..... 238
6.4.1.3. Conclusões..... 239
6.4.2. Comunidade Européia.....240
6.4.2.1. O tratamento comunitário dos profissionais.....240
6.4.2.2. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia..... 241
6.4.2.3. Conclusões..... 246
6.4.3. Brasil..... 247
6.4.3.1. Jurisprudência do Cade..... 247
6.4.3.2. Conclusões..... 247
CONCLUSÃO..... 250
REFERÊNCIAS PRIMÁRIAS (Jurisprudência)..... 258
REFERÊNCIAS SECUNDÁRIAS (Bibliografia)..... 260

INTRODUÇÃO

> Las profesiones no solo son las portadoras del conocimiento científico, también son guardianes seculares de lo sagrado, el sacerdócio del mundo moderno; pero un sacerdocio que roconoce lo incognoscile de las cosas, que se enfrenta las incertitumbres y reconoce la apertura del mundo cambiante. El sistema profesional es el sistema que regula a la sociedade moderna, cuya función es acomodar a la sociedad en esta realidad (DINGWALL; KING, 1995, p. 18-19 *apud* DINGWALL, 2004, p. 10).

O presente trabalho tem o propósito de analisar a intervenção do Estado nas profissões por meio do controle jurisdicional. Busca-se compreender quais os critérios que têm norteado o controle jurisdicional da regulação profissional e, por conseguinte, da liberdade profissional.

Pretende-se, com o trabalho, investigar a lógica subjacente à regulação profissional, confrontando-a, em temas comuns, com contribuições e explicações dadas pela sociologia das profissões, a fim de compreender melhor o significado da liberdade profissional assegurada pela Constituição Federal quando prescreve no artigo 5º, inciso XIII, que *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.*

O processo de constituição de uma profissão requer a intervenção legal do Estado para conversão de uma ocupação em profissão regulamentada. Contudo, a intervenção estatal não se esgota com o ato de outorga do monopólio de um conjunto de tarefas a uma entidade corporativa que passa a tutelar os privilégios ocupacionais, notadamente pelo exercício da capacidade de auto-regulação coletiva.

Uma outra modalidade de intervenção ocorre de maneira casuística quando o Judiciário – órgão do Estado – arbitra um conjunto de conflitos que envolve as profissões. Esses conflitos podem ter múltiplas dimensões, mas é possível reuni-los em três grupos: i. - conflitos relativos à própria possibilidade de instituição legal da profissão em face do ordenamento constitucional; ii. - conflitos relativos ao exercício do poder de auto-regulação pela entidade corporativa na delimitação do campo de atuação da profissão; iii.-

conflitos relacionados ao exercício do poder de supervisão ou tutela do Estado em face da entidade corporativa de regulação profissional.

Há uma farta literatura, sobretudo no campo da sociologia das profissões, que analisa e destaca o papel relevante do Estado na trajetória de profissionalização de uma ocupação que aspira ao status de profissão.

A divisão social do trabalho especializa funções e tarefas produtivas entre as múltiplas ocupações que o estado da técnica e da arte faz surgir no mundo do trabalho. Certa ocupação adquire identidade ao dominar, com exclusividade, um conjunto de atribuições que passa a ser objeto de exercício pelos membros da ocupação de modo habitual como forma de obter renda. Essa parcela da atividade econômica, em regra, nasce livre ou regulada apenas pelo mercado, quando prevalece o princípio da liberdade de iniciativa econômica e o do livre exercício de trabalho, ofício ou profissão.

Contudo, conforme demonstrado pela sociologia das profissões (FREIDSON, 2001), as ocupações buscam intensamente se transformar em profissões, isto é, exercer controle sobre os termos e as condições por que um trabalho distinto e particular é executado, perseguindo, geralmente, o "fechamento" do mercado de serviços por meio de credenciais educacionais e de licenciamento ocupacional. Isso ocorre pelo fato de uma profissão adquirir, por delegação do Estado, capacidade de auto-regulação coletiva e, por conseguinte, o poder de regular o mercado pelo lado da oferta, proporcionando algum tipo de proteção aos seus membros.

Para alcançar tal intento – converter-se em profissão -, além de delimitar tarefas exclusivas, a ocupação precisa persuadir a sociedade e o Estado de que a tarefa executada tem um caráter vital e especial, razão pela qual somente os membros da ocupação possuem competência ou qualificação para realizá-la de maneira adequada e confiável, em virtude de certo tipo de treinamento especial a que foram submetidos, porquanto, como disse Larson (1977, p. 45), onde todos podem ser *experts* não há *expertise.*

Esse projeto pelo qual uma ocupação se converte em profissão, denominado de processo de profissionalização pela sociologia, percorre diversas etapas típicas, segundo Wilensky (1970): i) o trabalho se torna uma ocupação de tempo integral; ii) criam-se as escolas de treinamento; iii) cria-se a associação profissional; iv) a profissão é regulamentada; v) adota-se um código de ética.

Para ultrapassar todas essas etapas e afirmar-se como profissão, num processo que é conflituoso e contingente historicamente, o principal recurso estratégico empregado pelas

ocupações para convencer o Estado tem sido destacar o caráter científico do saber profissional, estabelecendo um vínculo estrutural com a universidade, além de apelar para o chamado ideal de serviço altruísta, isto é, a prevalência do problema humano, do interesse do cliente, frente a qualquer interesse econômico do profissional.

Porém, alcançar o status de profissão não é o estágio final de uma história natural das profissões, pois cada profissão está incessantemente empenhada numa batalha pela definição e a manutenção das fronteiras da própria competência, por conta de conflitos internos entre os profissionais; bem como em conflitos externos com outras ocupações e profissões (conflitos interprofissionais).

Muitas vezes, a própria instituição legal da profissão é objeto de litígio de natureza constitucional, como ocorre atualmente com o caso dos jornalistas, em que se contesta a submissão dessa profissão a critérios legais de credenciamento, como o diploma ou as inscrições compulsórias em conselhos profissionais, por ferir valores constitucionais como a liberdade de expressão e a difusão de informações.

Frequentemente, o Judiciário é provocado a manifestar-se a respeito das intervenções regulamentares das ordens e dos conselhos profissionais na configuração da liberdade de iniciativa econômica e na concorrência, além da própria legitimidade da existência de profissão regulamentada em determinadas atividades econômicas. Investigar como esses litígios são resolvidos pelos Tribunais, isto é, o direito aplicado na regulação e na instituição das profissões, a fim de compreender quais são os limites e as funções da regulação profissional é o escopo deste trabalho que, além do exame analítico das contribuições do direito público, almeja uma sistematização do direito produzido pela Jurisprudência.

O trabalho insere-se num terreno até agora pouco explorado e, em muitos aspectos, em todo por desbravar, pois o tema da regulação profissional e o papel desempenhado pelas profissões na delimitação do mercado de serviços é objeto de pouca reflexão no mundo jurídico, não obstante em outros saberes (sociologia) haja um subdomínio específico para estudá-lo.

Raramente, na área jurídica, tem-se escrito sobre as profissões e as entidades corporativas, apesar do papel relevante exercido por elas na regulação econômica do mercado de serviços e dos múltiplos conflitos gerados pela regulação profissional. É um tema carente de sistematização e análise.

Last but not the least, como defende Freidson (2001), além do mercado livre e da autoridade burocrática, há uma terceira lógica do mundo econômico do trabalho: o profissionalismo - processo pelo qual uma ocupação organizada obtém o direito exclusivo de controlar o trabalho, definindo o conteúdo, os meios e o modo como ele será realizado; gerir também o acesso à atividade profissional, por meio de licenças e credenciais educacionais; e de reservar-se, ainda, o direito de ser o único árbitro competente para avaliar qualidade e do desempenho técnico do trabalho realizado pelos profissionais (revisão pelos pares) -; perquirir quais os critérios que justificam a criação destes grupos ocupacionais especiais (profissões) ou, pelo menos, contribuir para ordenação sistemática e crítica do que tem sido produzido pelo Judiciário sobre a liberdade profissional mostra-se atual e relevante.

O objeto desta tese circunscreve-se, portanto, a análise da regulação profissional com base numa sistematização do que tem decidido o Poder Judiciário, confrontando-a com as reflexões produzidas pela doutrina de direito público, bem como com a contribuição dada pela sociologia das profissões a respeito do tema da liberdade profissional. Ou seja, procura-se contribuir para desvendar quais são as restrições e os critérios aceitáveis para a constituição de uma profissão e, portanto, para compreensão do alcance do direito fundamental ao livre exercício de trabalho, ofício e profissão. Além disso, busca-se analisar o tipo e a natureza da auto-regulação coletiva produzida pelas entidades corporativas na delimitação desse direito fundamental, ou seja, como ocorrem e quais são as interferências admissíveis. Para cumprir esse objetivo as seguintes indagações permeiam a investigação:

Quais são as justificativas e as restrições que o Judiciário tem admitido para a instituição de uma profissão? O que são qualificações profissionais? É possível estabelecer alguma relação entre os critérios jurídicos mencionados pela doutrina jurídica ou então entre os critérios aceitos pelo Judiciário para se criar uma profissão com os atributos ou as características indicadas pela sociologia das profissões como fundamento para uma ocupação se tornar uma profissão? Quais os limites e as funções da auto-regulação coletiva produzida pelas entidades corporativas?

A tese defendida nesse trabalho tem como ponto de partida a proposição de que o profissionalismo é uma forma peculiar e institucionalizada de controle ocupacional, isto é, controle de parcela da atividade econômica (JOHNSON, 1972). Essa lógica peculiar concorre com o mercado e com a autoridade burocrática, como expõe Freidson (2001),

razão por que as profissões não se institucionalizam e, portanto, justificam-se tão-somente a fim de evitar que danos sejam causados aos consumidores de serviços considerados vitais para sociedade, como comumente se afirma no discurso jurídico. Como uma terceira lógica de organização do trabalho e da atividade econômica, que reivindica independência do Estado e do consumidor (capacidade de auto-regulação), o profissionalismo propõe o desafio de repensar os quadros conceituais do direito público e econômico para a compreensão do arcabouço institucional a ele vinculado.

O método de trabalho utilizado nessa tese consiste na análise da bibliografia selecionada e da jurisprudência do Poder Judiciário (especialmente do STJ e STF). No que toca à bibliografia, ela não é estritamente jurídica já que um dos objetivos do trabalho é verificar se os fundamentos aceitos pela jurisprudência para a instituição das profissões guardam relação com as reflexões produzidas no campo da sociologia das profissões para a identificação dessa modalidade especial de ocupação.

O trabalho possui a seguinte estrutura: o primeiro capítulo tem por finalidade apresentar quais são as profissões e como elas estão regulamentadas no Brasil, de acordo com a classificação desenvolvida para fins desse trabalho entre profissões corporativas que possuem uma entidade auto-reguladora e profissões não-corporativas que não gozam dessa autonomia. Em seguida, foram as profissões ordenadas conforme as restrições ao acesso, ou seja, a exigência de credenciais acadêmicas, de maior ou menor grau, e a eventual necessidade de exames de aptidão. Porém, para se chegar nesse estágio, analisa-se, preambularmente, o caráter plurissignificativo do termo profissão cuja polissemia dá margem a muitas manipulações simbólicas, discutindo as distinções entre ocupação, profissão, profissão liberal, ofícios, bem como o papel da universidade na constituição do status profissional. Faz-se ainda a análise da natureza e das funções da entidade corporativa.

O segundo capítulo faz uma revisão da literatura sociológica que tem procurado explicar o que é uma profissão. Isto é, o que a distingue de outras ocupações definidas no quadro da divisão do trabalho? Como é que uma ocupação se transforma em profissão? Qual a função social das profissões? A análise dos paradigmas sociológicos foi realizada sem a pretensão de exaurir as diversas correntes e opiniões de autores que trataram desse tema na sociologia das profissões. Buscou-se evidenciar a existência de diferentes olhares a respeito do que seja o profissionalismo e, principalmente, do papel do credencialismo na institucionalização das profissões e na organização do mercado. O capítulo está

organizado da seguinte forma: i. as profissões no pensamento sociológico clássico; ii. o paradigma estrutural-funcionalista; iii. a crítica às profissões, lançada pela corrente revisionista da *new power literature*; iv. a concepção do profissionalismo como uma terceira lógica de organização do mercado de serviços e trabalho, desenvolvida por Freidson.

O capítulo três cuida de analisar a liberdade de profissão no direito constitucional comparado, tendo como objetivo expor como a doutrina e a jurisprudência têm enfrentado o difícil problema de identificar a medida e os limites das restrições cabíveis à liberdade de profissão.

O capítulo quatro analisa a evolução da regulação profissional na ordem constitucional brasileira, destacando a origem das chamadas profissões prototípicas (direito, medicina, engenharia) no império, bem como a polêmica em torno do monopólio ocupacional com base em credenciais educacionais que se travou sob a égide da Constituição Republicana de 1891; em seguida, avalia-se o processo de consolidação e a emergência das profissões com entidade corporativa de auto-regulação, que ocorre a partir de 1930 e, por fim, o perfil constitucional dessa liberdade na Constituição de 1988.

O capítulo cinco está dedicado ao exame de casos exemplares da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que apreciou o poder do legislador de conformar e limitar essa liberdade, especialmente a interpretação pretoriana para a cláusula *condições de capacidade* como fator de limitação da discricionariedade legislativa.

O capítulo seis ocupa-se de analisar o conflito entre a regulação profissional e o direito da concorrência. As profissões sempre pleitearam um estatuto especial que as distinguissem das atividades econômicas em geral desenvolvidas pelas empresas; contudo, atualmente esse tratamento especial tem sido posto em xeque pelas autoridades antitruste que têm censurado as normas editadas pelas entidades corporativas, que, sob pretexto de disciplinar aspectos éticos da relação profissional, estabelecem regras que interferem na livre concorrência, notadamente as que tratam de preços mínimos e publicidade.

1 PROFISSÃO: UMA DEFINIÇÃO CONTROVERTIDA

1.1 INTRODUÇÃO

Profissão é um termo plurissignificativo. Essa polissemia dá margem a muitas manipulações simbólicas, que tornam impreciso o uso do termo, quer pelo senso comum, quer no âmbito sociológico-jurídico. Neste capítulo, explorar-se-ão, a partir dessa premissa, as múltiplas conotações do termo *profissão,* e sua relação com a hierarquização social do trabalho, a qual produziu distinções históricas e sociais entre profissão e ofícios, bem como entre profissões e profissões liberais. Essas dicotomias pouco contribuem para explicar a regulação ocupacional em vigor.

A compreensão das variantes que tornam difícil o uso do termo tem por finalidade apresentar a classificação desenvolvida neste trabalho para a compreensão da regulação profissional e para a delimitação das profissões que são objeto de estudo, isto é, aquelas regulamentadas corporativamente.

Apresenta-se, em seguida, uma classificação da regulação profissional no ordenamento brasileiro, que tem por base o critério de existência ou ausência de organização corporativa da profissão, bem como os requisitos limitadores do acesso às profissões, criados pelo legislador.

1.2 POLISSEMIA DO TERMO PROFISSÃO

Na linguagem do dia-a-dia, emprega-se normalmente o vocábulo *profissão* com significados e usos distintos. No senso comum, o sentido genérico é o de trabalho, maneira pela qual se ganha a vida. Assim, quando se pergunta qual a profissão de uma pessoa, deseja-se saber como ela obtém o sustento para si e sua família (ocupação produtiva lícita do mundo do trabalho). Como sinônimo de ocupação habitual desenvolvida em tempo integral em troca de dinheiro, a atividade profissional se distingue também daquela realizada de forma amadora, por *hobby* ou honra.

Nessa acepção genérica, profissão é sinônimo de trabalho inserido no processo econômico, que produz utilidades com valor de troca que podem ser objeto de intercâmbio no mercado[1], e distingue-se da atividade do amador, que trabalha motivado por outras

[1] A classificação de trabalho como atividade com valor de troca no mercado, embora problemática, porque exclui um conjunto de tarefas que têm valor de uso (e.g., o trabalho doméstico da dona-de-casa) e também o trabalho voluntário, é útil, porque permite uma primeira distinção entre profissional e não-profissional ou amador. Freidson anota também que um dos sentidos do termo "profissionalização" é o

razões (passatempo, honra, compromisso cívico), sem o propósito de efetuar trocas no mercado. Segundo Freidson (2001, p. 110), o exato significado do termo *amador* tem oscilado no tempo e no espaço. Na Inglaterra vitoriana, a concepção de amador atrelava-se à do cavalheiro que realizava algo por amor a certos valores superiores, e não em troca de recompensas econômicas. Por outro lado, o termo também já serviu para nomear a inexperiência do principiante, em contraste com a capacidade do profissional.

A palavra que melhor se ajusta à idéia generalizada de trabalho, como atividade econômica, é ocupação, conforme utilizada na sociologia do trabalho e das profissões, definida[2] como trabalho produtivo especializado e remunerado -- isto é, um conjunto de tarefas integradas no processo econômico, que produz utilidades com valor de troca no mercado. Contudo, essa precisão terminológica não existe, quer no campo jurídico, quer no sociológico, quer no próprio senso comum, pois profissão também significa trabalho em tempo integral remunerado ou certo tipo de atividade econômica. Destarte, há grande confusão polissêmica em torno desse conceito, que ora é empregado com significado mais restrito, ora mais amplo, semelhante ao de ocupação.

Dentro da divisão social do trabalho, as ocupações distinguem-se entre si pelas tarefas especializadas que singularizam e pelo tipo de conhecimento e competência imputados à execução de atividades por elas abarcadas, bem como pelo estatuto jurídico e social atribuído a cada tipo de ocupação. No centro desse amplo conjunto das ocupações, é possível identificar um subconjunto, um tipo especial de ocupação, cuja denominação tem-

---

de processo pelo qual se incorporam crescentes parcelas da população à força de trabalho e que, numa sociedade organizada em torno do mercado, um "grande numero de tarefas que, originariamente, eram realizadas numa base de voluntariado por amadores, ou realizadas mais para o uso pessoal ou doméstico do que para o mercado, são agora cumpridas por trabalhadores em tempo integral, que com isso ganham o seu sustento" (1998, p. 149).

[2] A definição operacional de ocupação ora utilizada tem por finalidade apenas ilustrar as ambigüidades do termo profissão. Definição mais precisa do conceito de ocupação é dada pela Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), elaborada e atualizada pelo Ministério do Trabalho e do Emprego, conforme autorizado pelas Portarias 3.654, de 24/11/1977, e 1.334, de 21/12/1994. A CBO é o documento que fixa normas para o reconhecimento, para fins classificatórios sem função da regulamentação profissional, da nomeação e da codificação dos títulos e conteúdos das ocupações do mercado de trabalho brasileiro. Trata-se de classificação que é, ao mesmo tempo, enumerativa e descritiva. Segundo as bases conceituais da CBO, "ocupação é um conceito sintético não natural, artificialmente construído pelos analistas ocupacionais. O que existe no mundo concreto são as atividades exercidas pelo cidadão em um emprego ou outro tipo de relação de trabalho (autônomo, por exemplo)". A CBO define ocupação como a agregação de empregos ou situações de trabalho similares quanto às atividades realizadas. Por sua vez, emprego ou situação de emprego é definido como um conjunto de atividades desempenhadas por uma pessoa, com ou sem vínculo empregatício. Informações sobre a CBO estão disponíveis no sítio do Ministério do Trabalho e Emprego: http://www.mtecbo.gov.br/informacao.asp (acessado em 25 de março de 2008).

se modificado em cada contexto histórico e geográfico. Em suma, toda profissão é uma ocupação, mas nem toda ocupação é uma profissão.

O uso genérico do termo profissão não é peculiaridade da língua portuguesa. Também nos idiomas italiano e francês essa multiplicidade de uso está associada ao vocábulo. Segundo Dubar e Tripier (2005) e Speranza (1999, p. 15-18), ele é empregado, em sentido amplo, para designar qualquer tipo de trabalho com que se ganha a vida; qualquer trabalho que comporte algum grau de especialização (*métier*, em francês; *mestiere,* em italiano; ofício, em português); ou, ainda, um conjunto de trabalhadores com nível elevado de qualificação (na tradição anglo-saxônica é utilizado o termo *profession*; na latina, profissões liberais, cultas ou intelectuais).

A questão não é puramente semântica, poisna maioria dos países, o Estado intervém intensamente, regulando o exercício das profissões e impondo um regime jurídico particular, que as distingue das ocupações em geral, ao fixar exigências e qualificações restritivas ao exercício de certas ocupações. Estas, por sua vez, passam a ser designadas como profissões, profissões liberais, profissões regulamentadas, etc. Com efeito, diferentemente das ocupações não regulamentadas ou de livre acesso e exercício, as ocupações regulamentadas (profissões) têm mercados relativamente "fechados", pois a oferta e os preços de seus serviços são influenciados por instituições externas ao mercado, por conta dos privilégios profissionais que se agregam com a regulamentação estatal.

Como reconhecer esse isso tipo especial de ocupação, que pode ser qualificado como profissão? Não há critério único. Essa é a única certeza que existe sobre a matéria, conforme se verificará a partir de contribuições oriundas das análises histórico-sociológicas e jurídicas. O substantivo profissão, isoladamente ou com qualificações, como profissão liberal, culta, intelectual, nobre, titulada, livre, etc., é histórica e geograficamente condicionado por diversos fatores jurídicos e sociais, que tornam qualquer conceito abstrato ou ideal incongruente com os referentes empíricos nomeados por ele. O objetivo deste trabalho está circunscrito à análise das profissões regulamentadas corporativamente -- isto é, das que dispõem de monopólio ocupacional e capacidade de autodisciplina outorgada pelo ordenamento jurídico. Contudo, antes de apresentar a classificação da regulação ocupacional no ordenamento jurídico brasileiro, impende expor, sinteticamente, as múltiplas idéias associadas, no correr do tempo, ao vocábulo profissão, tornando-o plurissignificativo e controvertido -- portanto, de difícil aplicação operacional.

1.3 HIERARQUIA DO TRABALHO E CONCEITO DE PROFISSÃO

A dicotomia *occupation v. profession* (própria da língua inglesa), ou profissão *v.* profissão liberal, ou profissão liberal *v.* ofícios, e outras tantas construídas socialmente, são expressão de uma hierarquia e de uma valorização, de forma diferente, do trabalho, no decorrer de sua história. O conteúdo e o sentido da palavra *trabalho* têm-se modificado conforme as culturas e as épocas, oscilando entre momentos de desprezo e valorização, o que demanda vocábulos diferentes para discriminar socialmente os tipos de trabalho mais ou menos valorizados em cada contexto histórico e geográfico.

Na tradição greco-romana, as atividades de teor econômico (e, portanto, o que qualificamos como "trabalho") não tinham a mesma importância que a ética e a política na organização da *polis*. O trabalho, sobretudo o trabalho manual, sempre foi avaliado de maneira ambígua. Segundo Cunha (2005), travou-se no pensamento clássico grego um conflito entre dois conceitos antagônicos de trabalho: um positivo – que o destacava como elemento do conhecimento – e outro negativo, que o relegava a uma atividade inferior vocacionada a servir às necessidades de manutenção da vida. O desfecho desse conflito foi desfavorável ao trabalho manual dos artífices, que foi visto como *opus servile,* e comprometido, portanto, com a indignidade da classe à qual fora reservado (a dos escravos).

O desprezo pelo trabalho manual, em função do peso do vínculo com a condição servil, engendra outra antítese entre contemplação e ação, na qual o ócio é exaltado como condição necessária para o cultivo das virtudes cívicas[3]. Em Roma, o *otium cum dignitate* da aristocracia contribuirá, também, para a herança negativa do trabalho manual. Mesmo o trabalho intelectual, quando identificado com a arte da retórica e com as *opus liberales*, se exercido pelo homem livre, *civis romanus,* não era remunerado, por ser incompatível com a moral romana o exercício de tais atividades, mediante paga alheia previamente contratada. Se houvesse algum pagamento ao *civis romanus* por serviços enquadráveis como *opus liberales*, tal pagamento deveria ser fruto de um ato de liberalidade, como

[3] Aristóteles, na obra *A política,* atribui ao artesão um papel social subalterno, ao afirmar que não lhe deveria ser concedida a condição de cidadão, pois: "Em um estado perfeitamente governado... os cidadãos não devem exercer as artes mecânicas, porque este gênero de vida tem qualquer coisa de vil, e é contrário à virtude. É preciso mesmo, para que sejam verdadeiramente cidadãos, que eles não se façam lavradores, porque o descanso lhes é necessário para fazer nascer a virtude em sua alma, e para executar os deveres civis" (ARISTÓTELES, [s.d.], livro IV, parágrafo 2).

objeto de gratidão, encontrando-se a origem dos *honorários* nesse tipo de contraprestação graciosa [4].

Na tradição judaico-cristã, a mesma ambivalência está presente nas oposições simbólicas em torno do conceito de trabalho. No Velho Testamento, a imagem desvalorizada do trabalho, como castigo e penitência pelo pecado original, está representada na expulsão do homem do paraíso, amaldiçoado com a obrigação do trabalho ("ganharás o pão com o suor do teu rosto").[5] No Novo Testamento, o texto paulino serve de exemplo de valorização do trabalho, que será exortado ("Se não queres trabalhar, não comerás"),[6] em contraste com a vida contemplativa que espera na Providência a satisfação das necessidades materiais.

O trabalho sofre de similar dubiedade entre os povos bárbaros, pois, se é próprio do espírito guerreiro e do modo de vida militar obter dos despojos da guerra os recursos excedentes necessários, também se valorizam a técnica e o engenho dos artesãos na produção de armas.

A tripla herança desfavorável – que estigmatizou o trabalho na alta Idade Média – começa a ser alterada na passagem do século XI para o século XII, com uma mudança de atitudes e mentalidades que promove ideologicamente o trabalho, revalorizando-o. Assevera Le Goff que o renascimento carolíngio do trabalho constrói-se sem discriminações entre os tipos de trabalho, e a dicotomia *artes liberales et mechanicae* não expressa, num primeiro momento, nenhuma hierarquia sócio-profissional, ressaltando:

> É talvez o aparecimento, pela primeira vez na história cultural, da noção e da expressão *artes mechanicae*. Encontramo-las no comentário de Escoto Erígena às *Núpcias de Mercúrio e da Filologia* de Martianaus Capella (cerca do ano 859). Perante as *artes liberales* afirmam-se, em pé de igualdade, as actividades artesanais e técnicas: "As artes liberais procedem naturalmente da inteligência. Mas as artes mecânicas são naturalmente inatas, procedem da reflexão humana" (Cf. o trabalho de P. Sternagel) (LE GOFF, 1979, p. 115).

O livro *La piazza universale di tutte le professioni del mondo,* escrito por Tommaso Garzoni da Bagnacavallo, em 1585, é o primeiro estudo histórico publicado na Itália, e provavelmente na Europa, sobre as profissões, sendo comumente citado pelos historiadores para demonstrar a evolução semântica do termo. Nele não se encontra o vocábulo profissão, empregado em sentido restrito e específico, como se dará em momento histórico

---

[4] Tal espécie de pagamento voluntário era regulada pela *Lex Cincia,* que fixava os casos a que se aplicava e os limites monetários. Sobre a história da advocacia no direito romano e a disciplina do pagamento dos honorários, ver Madeira (2002).

[5] Gn 3.17-19

[6] II Ts 3.10.

ulterior. O termo profissão se aplica tanto às ciências como às artes liberais e artes mecânicas. Como explica Tucci (1997, p. 29):

> Il termine [professione] dunque è largamente comprensivo, tanto da includere anche categorie che sembrerebbero poco pertinenti, come quelle dei ladri o degli innamorati. Esso si applica tanto alle scienze e discipline liberali quanto alle arti meccaniche, le prime eccellenti sulle seconde, tutavia senza che questo implichi un disprezzo per le attività artigianali.

Se na baixa Idade Média há renascimento e valorização do trabalho, sem distinção entre artes liberais e artes mecânicas (e, por isso, o termo profissão pode retratar qualquer tipo de atividade laboral exercida por um homem), essa neutralidade axiológica muda a caminho da modernidade. O vocábulo profissão sofre mutação qualitativa, ao vincular-se às atividades intelectuais desenvolvidas nas universidades medievais, que também se transformam com o advento da modernidade. Profissão tem seu campo de referência encolhido, abraçando apenas algumas atividades que gozavam de status social nobre e culto, por terem moral específica e código de valores próprios.

Opera-se, por conseguinte, nova clivagem social no mundo do trabalho, entre artes liberais e artes mecânicas. O *Dicionário da Língua Portuguesa da Academia de Ciências* (1793, *apud* PEREIRA, 1993, p. 57) trazia, como expressão dessa clivagem, a seguinte definição: *artes mecânicas* eram os "ofícios fabris, que se exerciam com o trabalho corporal", especificando que eram atividades impróprias aos nobres; por sua vez, as *artes liberais* eram

> as que ensinam as pessoas de qualidade e os nobres devem aprender. Artes liberais se chamam por serem artes com que se exerciam o entendimento que é a parte livre superior do homem ou as artes dignas de homens livres e também liberais porque se permitiam aos homens livres.

De acordo com Pereira (1993), a hierarquia que se estabelece entre as atividades que compõem o mundo do trabalho tem, na base da pirâmide, completamente desprezados, os trabalhadores não-especializados, cuja atividade era puramente braçal, sem nenhuma *arte*[7]. Nesse limiar inferior, um pouco mais acima estavam os trabalhadores das "artes e ofícios", que eram artes, apesar de mecânicas, porquanto a execução do trabalho do artesão fazia-se com regras cuja aplicação requeria destreza e habilidade, e, por isso, algum grau de inteligência. No extrato superior dessa organização social, estavam a grande burguesia, nobreza, alto clero e profissões identificadas com as artes liberais – médico (físico),

[7] Segundo Pereira (1993, 47), o termo *arte* no mundo pré-moderno tinha um significado diverso daquele que viria adquirir no romantismo, pois era "conjunto das normas e disciplina que colocava o homem acima dos simples esforço manual", "método de executar alguma coisa segundo regras"; por isso era comum o uso da expressão para aludir a diversas atividades que exigiam engenho e inteligência, como "artes militares", a "arte de governar", a "arte da medicina".

advogado e sacerdote –, por exercerem uma atividade intelectual, em vez de um trabalho mecânico.

Perkin (1981) observa que, na Inglaterra, no fim do século XVIII, o vocábulo *profession* era restrito semanticamente, pois tinha como referente empírico uma classe especial de ocupações que gozavam de alto status social pela educação universitária, recebida sobretudo em Oxford e Cambridge. No campo jurídico, os *barristers* eram considerados profissionais, mas não os *attorneys* e *solicitors*; na medicina, os físicos, mas não os cirurgiões e farmacêuticos. Eram profissões de cavalheiros (*gentlemen*), que implicavam educação clássica, estilo de vida apropriado e relações com uma clientela nobre e aristocrática. Essa mesma alteração do conteúdo semântico ocorre com a palavra *professione* na língua italiana, conforme constata Merigi (1997), tendo como referência o sentido amplo e neutro em que o termo era utilizado na obra de Garzoni de 1585, ressaltando que, na passagem do mundo moderno para o contemporâneo,

> *professione* (...) è l'insieme delle ex-arti liberali com l'aggiunta di alcune ex-arti meccaniche, trasformate e riscattate dal semplice e ripetitivo esercizio di una pura e vile manualità grazie all'instaurarsi di un nuovo forte nesso tra técnica e scienze moderne e, contestualmente, in virtù, del pieno accoglimento di queste ultime nell´ambito universitário della teoria (MERIGI, 1997, p. 56).

1.4. PROFISSÕES *VERSUS* OFÍCIOS

Outra clivagem que historicamente distinguiu as ocupações é a que se formou entre ofícios e profissões. Freidson (1996) observa que a separação entre profissões e ofícios, com base na vetusta dicotomia entre artes liberais (atividade intelectual) e artes mecânicas (atividade manual), capta apenas toscamente a diferença existente entre essas ocupações do mundo do trabalho. De fato, o tipo de conhecimento empregado na execução do trabalho é de natureza diferente, mas a chave para a compreensão da real distinção entre ofícios e profissões estaria no modo como se organizou a transmissão das competências necessárias ao exercício da atividade, isto é, no sistema de ensino profissional.

Os ofícios não conseguiram vincular a competência necessária para executar as tarefas, por eles dominadas, ao conhecimento formal e abstrato desenvolvido nas universidades. O treinamento e o aprendizado dos ofícios ocorriam dentro do mercado de trabalho, nas próprias oficinas, no sistema mestre-aprendiz, que era essencialmente prático. O ensino profissional era prerrogativa dos próprios profissionais – os mestres –, que buscavam preservar o controle sobre o trabalho, procurando manter o segredo acerca do conhecimento ensinado, com base em juramentos de lealdade. Esse modelo, de

organização e controle do trabalho, sucumbiu com a expansão da economia capitalista sobre as atividades dos artesãos.

Já a transmissão do conhecimento das atividades conhecidas como profissão ou profissão liberal vinculou-se estruturalmente às universidades. O treinamento profissional institucionalizou-se nas universidades, fora do mercado de trabalho. O ensino em si é uma atividade institucional autônoma, realizada em salas de aulas isoladas das demandas práticas do mercado, permitindo o desenvolvimento de teorias e paradigmas sistemáticos e abrangentes, que se adaptam a novos problemas e tarefas. Somente um conjunto de conceitos e teorias abstratas garante a mutabilidade indispensável do conhecimento profissional, para fazer frente à competição interocupacional, revisando o corpo de conhecimento que serve de fundamento para a jurisdição da profissão[8].

As profissões e os ofícios partilharam inicialmente do mesmo modelo de organização social em corporações, apesar de diferenças aqui e acolá: ambos valeram-se da estrutura corporativa em certo período histórico, para controlar o modo e as condições para a realização do trabalho. Contudo, os ofícios fabris artesanais sucumbiram irreversivelmente com o advento da Revolução Industrial, pois não conseguiram resistir ao processo de racionalização imposto pelo modo de produção capitalista, que substituiu a atividade fabril artesanal em oficinas, pela produção no interior da nova organização industrial. Segundo Braverman (1987), os ofícios pereceram com a divisão manufatureira do trabalho pela gerência capitalista, que subdividiu pormenorizadamente a feitura do produto em numerosas operações limitadas, executadas por diferentes trabalhadores, alterando radicalmente o quadro da divisão social do trabalho entre as ocupações e especialidades até então existentes na sociedade.

A supressão da organização corporativa do trabalho ocorreu segundo as condições histórico-sociais de cada nação. Porém, é possível tomar a Revolução Francesa como marco significativo dessa mudança histórica. O *Decret d´Allardes,* de 2 e 17 de março de 1791, ao ditar no artigo 7º que "toda pessoa será livre de fazer o negócio, ou exercer a profissão, a arte ou ofício que essa pessoa entenda por bom", institui o princípio da liberdade de trabalho e empresa, rompendo com o sistema corporativo. Logo em seguida, a Lei *Le Chapelier*, de 17 de junho de 1791, dentro do espírito individualista do *laissez-faire,* baniu completamente os

[8] O papel do conhecimento abstrato na manutenção da jurisdição profissional no sistema de competição interprofissional foi desenvolvido por Abbott (1988).

corpos intermediários, interditando qualquer tipo de associação profissional[9]. Na exposição de motivos de sua proposta legislativa, *Le Chapelier* proclama que:

> Il doit sans doute être permis à tous les citoyens de s'assembler; mais il ne doit pas être permis aux citoyens de certaines professions de s´assembler pour leur prétendus intérêts communs. Il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individue et l´intérêt general. Il n'est permis à personne d` inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de corporations. (IMBERT *et allii,* 1956, p. 279).

A destruição da estrutura corporativa, como forma de organização dos trabalhos dos ofícios fabris, foi inexorável. Entretanto, para as profissões ou para as chamadas profissões liberais, durante o século XIX, essa forma de organização institucional voltará à cena jurídica e social com nova justificativa: a proteção dos interesses de terceiros – os consumidores – contra os riscos de danos a certos valores sociais, e não a autoproteção dos trabalhadores.

Impende recordar que, durante a Revolução Francesa, em 1790, as profissões de advogado e médico foram extintas, com base no argumento igualitário de que cada um podia ser o próprio médico ou advogado, ou escolher quem desejasse para esse mister (MALATESTA, 2006, p. 75-78). No entanto, esse breve momento de radical liberdade de profissão desaparece com Napoleão Bonaparte, que reinstitui a profissão de médico em 1803, ainda que com outra configuração institucional (MALATESTA, 2006, p.137). Para os advogados, apesar do ódio de Napoleão pela categoria, recria-se em 1804 o título de *avocat,* que tinha sido extinto com a profissão. Como única exceção à proibição de organização profissional prescrita na Lei *Le Chapelier*, Bonaparte restaura, em 1810, com autonomia restrita, a Ordem dos Advogados de Paris, restituindo-lhe o governo da profissão. Para as outras profissões, a revogação da Lei *Le Chapelier* somente se dará em 1884, quando será permitida a livre organização sindical. O modelo de organização corporativa, como mecanismo de auto-regulação profissional, somente será estendido às demais profissões no século XX, durante o regime de *Vichy*.

Portanto, a ideologia liberal, ao extinguir o modelo corporativo do controle do trabalho pelos ofícios, abriu as portas para a destruição completa dessa forma de organização econômica, com a expansão da divisão manufatureira do trabalho sob a autoridade gerencial capitalista, durante a Revolução Industrial. Por outro lado, muitas ocupações de "imagem mecanicista" buscaram, no sistema de ensino universitário, a formação profissional que conferisse tonalidade científica à sua prática. Nessa prática, a

[9] A primeira tentativa frustrada de extinção da estrutura corporativa remonta ao Edito Turgot, de junho de 1776.

atividade manual, se necessária, teria como *conditio sine qua non* um conhecimento formal e abstrato, o que contribui cada vez mais para esmaecer as diferenças entre ofícios e profissões, com avassaladora extensão do ensino universitário a uma miríade de práticas profissionais, sobretudo no Século XX.

1.5 PROFISSÃO, PROFISSÃO LIBERAL E UNIVERSIDADES NO MUNDO PRÉ-INDUSTRIAL

A emergência das profissões ou profissões liberais como categoria ocupacional, relacionada a atividades intelectuais, a qual se distingue dos ofícios, *métiers, mestieri,* está indissoluvelmente vinculada ao surgimento e desenvolvimento das universidades medievais. Delas saíram as primeiras *profissões*, por antonomásia: direito, medicina e o sacerdócio (as disciplinas dos *professores* universitários, membros do clero). Do monopólio da formação acadêmica pela corporação universitária, desenvolve-se paulatinamente o sistema que confere títulos habilitantes para a prática profissional. Com efeito, a universidade é o exemplo de corporação medieval bem-sucedida, que negociou, com o poder eclesiástico e temporal, um estatuto especial de imunidades em face dos poderes locais, bem como o direito de conferir um título aos egressos dela, isto é, o diploma *ius ubique docendi.*

Como já dito, na língua inglesa, somente o substantivo *profession* identificava essas atividades, mas no francês, no espanhol e no português agregou-se o adjetivo *liberal*. Esse adjetivo não tem qualquer relação com o pensamento econômico e filosófico chamado liberalismo; aliás, não há nada mais contrastante com a liberdade econômica propugnada nessa ideologia do que o monopólio ocupacional perseguido pelas profissões.

A etimologia do adjetivo *liberal,* aposto a profissões, relacionava-se com o tipo de educação universitária que estava na base dos conhecimentos das *three learned professions* (*divinity, physics, and law*) no mundo pré-industrial. Ou seja, a denominada educação liberal, cuja base era a formação clássica, num conjunto de disciplinas que integravam as artes liberais, tinha por escopo melhor preparar o cidadão em geral (elite dirigente) que o profissional especializado. Essas disciplinas clássicas, de corte humanístico e nobre, eram o *trivium* (gramática, retórica e lógica -- disciplinas da linguagem) e *quadrivium* (aritmética, geometria, astronomia e música -- disciplinas da forma e proporção, voltadas à interpretação do mundo natural).

Por conotarem certa estratificação social, as profissões dessa época pré-industrial foram denominadas "profissões de status", por Elliot (1975), pois o acesso a elas era restrito aos membros dos estratos sociais elevados. O termo *liberalis* podia ser aplicado a esses indivíduos que, além da liberdade política, desfrutavam de situação material que lhes permitia dedicar-se à *liberal education.* Eram atividades de homens livres, que podiam viver sem o trabalho manual e sem se misturar com as atividades mercantis, pois somente a liberalidade de uma fortuna possibilitava a dedicação às atividades do espírito, ao ócio virtuoso, a um trabalho que fosse uma escolha individual, não uma necessidade econômica[10].

O status social, conferido pela formação universitária clássica às profissões, pode ser constatado no modo como estavam organizadas e estratificadas as ocupações existentes no campo da saúde no século XVIII, na Inglaterra. No alto da hierarquia, estavam os físicos – médicos cuja atividade era puramente intelectual (consulta clínica e prescrição de remédios) – e tinham formação em Oxford e Cambridge. A eles cabia o epíteto de *profession.* Estavam organizados numa corporação exclusiva, o *Royal College of Physicians*, desde 1523, quando adquiriram, por outorga real, o direito ao exercício da medicina em Londres e arredores, conquistando, assim, o monopólio da arte de curar. Atendiam essencialmente à elite aristocrática.

Nos escalões inferiores estavam os cirurgiões, que haviam conseguido desmembrar-se dos barbeiros e organizar-se numa associação própria, a *Company of Surgeons* (1745), mas não desfrutavam do mesmo prestígio social dos físicos, por ocuparem-se de atividade manual, além de existir o tabu e a condenação religiosa do derramamento de sangue. Em 1800, a *Company* converte-se no *Royal College of Surgeons*, adquirindo o direito de expedir licenças e avaliar os cirurgiões. O ensino do ofício era basicamente prático e ocorria fora da universidade, no local de trabalho, no sistema mestre-aprendiz.

Os farmacêuticos também se organizavam em associação própria, reconhecida desde 1684, a *Society of Aphtecaries*, que controlava o exercício da atividade. Também estavam excluídos da universidade, e seu ensino era essencialmente prático; pesava ainda contra eles o ranço de atividade mercantil – imprópria à ideologia do profissionalismo

[10] Segundo Malatesta (2006, p.14), "L'educazione impartita nelle università inglesi della prima meta dell'Ottocento era basata su principi non utilitaristici e sull'idea che un corso di studi dovesse formare la mente dello studente, non ofrirgli gli strumenti per esercitare una professione. L'educazione liberale impartita ai rampolli dell'aristocrazia e della *gentry* rappresentava quell concetto che nella língua francese viene chiamato *gaspillage,* ossia lo spreco. Un *gentleman* che non era costretto a lavorare per guadagnarsi da vivere poteva permettersi di 'sprecare' il proprio tempo compiendo degli studi il cui unico scopo l'arricchimento individuale" (grifo no original).

altruísta e desinteressado. Os dentistas também tinham a identidade associada à atividade manual de "tira-dentes" e à produção de dentes artificiais, bem como ao comércio de próteses. Essas ocupações da saúde eram ofícios comerciais ou mecânicos, que não compartilhavam as mesmas bases tradicionais e elitistas das atividades dos médicos, advogados e sacerdotes – profissões por antonomásia –, cuja formação era baseada nas artes liberais e na ciência ensinada em universidades.

Na Europa pré-industrial, o termo *profession* (inglês), ou profissão liberal, designava um conjunto restrito de ocupações nobres que, junto com os rendeiros aristocráticos, caracterizavam-se por constituir os únicos grupos sociais não dedicados ao comércio nem ao trabalho manual. A grande massa da população urbana não era atendida pelas profissões de status, mas pelas ocupações de baixa relevância social. Na medicina, eram os cirurgiões, farmacêuticos e curandeiros que forneciam serviços ao resto da população; na área jurídica, *attorneys* e *solicitors.* Havia um abismo social intransponível entre essas atividades afins, em função da rígida estratificação social, que estabelecia uma barreira invisível entre ocupações que compunham o mesmo campo profissional. Segundo Malatesta (2006, p. 71), era corrente, na metade do século XVIII, a opinião de que um "*solicitor* só poderia entrar na casa de um *barrister* pela porta de serviço".

No século XIX, o projeto profissional dos *solicitors*, bem como o dos cirurgiões, farmacêuticos, dentistas e de outras ocupações, será ascender socialmente e conquistar o prestígio de *gentleman* desfrutado pelas profissões por antonomásia (direito e medicina). Para a execução dessa estratégia de mobilidade social, era fundamental estabelecer um vínculo estrutural com a universidade, o qual atribuísse ao conhecimento – objeto dessas ocupações, tratadas como simples ofícios manuais ou comerciais – aquilo que Larson (1977, p. 47) qualificou como "superioridade cognitiva". Vale dizer: a existência de um corpo padronizado de conhecimentos, socialmente aceito como superior aos conhecimentos adquiridos pela experiência no trabalho, o qual os distinguisse dos leigos e também dos treinados apenas na prática[11].

O profissionalismo na sociedade pré-industrial, segundo Elliot (1975, p. 32), era um meio de assegurar status social e estilo de vida apropriado, semelhante ao da aristocracia.

[11] Exemplo típico de transformação profissional é a atividade do dentista, que, de "arte dentária" com a imagem pública de trabalho artesão puramente mecânico e comercial, transformou-se em odontologia, especialidade das ciências biomédicas, com autoridade e competência terapêutica para o diagnóstico e tratamento dos problemas bucais, cuja metáfora da "dor de dente" (odontalgia) contribuiu para redefinição da imagem pública da profissão como "ocupação cientifica". Sobre o tema, ver Carvalho (2003)

Tratava-se mais de um símbolo da posição social do *gentleman* do que a atividade econômica do *expert* voltado a prover o mercado de serviços especializados. Isso viria a desenvolver-se na passagem do século XIX para o XX, no processo de consolidação do capitalismo industrial e corporativo, quando se vê emergir a figura do *expert* em conflito com os ideais aristocráticos do profissionalismo de status.

1.6 PROFISSÕES LIBERAIS: "EXPERT" *VERSUS* "GENTLEMAN"

Elliot (1975) qualificou esse novo tipo de profissionalismo como ocupacional, por caracterizar-se mais como uma atividade econômica de oferta de serviços especializados, em troca de remuneração, do que como profissionalismo de status. Essas novas profissões surgiram da expansão do ensino universitário e das mutações na divisão social do trabalho, desencadeadas pela Revolução Industrial e tecnológica dos séculos XIX e XX. Com respeito a tais transformações ocupacionais, o campo da engenharia é paradigmático. Além da clássica engenharia civil, um número diversificado de especializações emergiu do interior das indústrias. A expansão das obrigações prestacionais, bem como a ampliação das tarefas de gestão econômica com as quais se comprometeu o Estado de bem-estar social[12], também contribuíram intensamente para o florescimento de um leque enorme de novas profissões a reivindicar a condição de *profession* ou profissão liberal, embora nascidas no âmago de organizações públicas ou privadas, em condição assalariada.

Da imagem aristocrática das profissões prototípicas (direito e medicina) foram construídos o conceito de profissão liberal e a ideologia do profissionalismo[13]. Savatier, em clássico estudo, afirma que a noção de *profession libérale* era mais social que jurídica, e os traços característicos do conceito derivariam da natureza da relação estabelecida entre profissional e cliente. Savatier (1947, p. 34-43) aponta marcas distintivas da relação profissional liberal: i. atividade intelectual, em contraste com as manuais; ii. atividade independente, em contraste com as assalariadas; iii. atividade desinteressada, em contraste com o caráter especulativo das atividades mercantis.

[12] O serviço social (assistente social) é um entre os muitos exemplos de profissões que ganharam vida com o Estado de bem-estar social.

[13] Coelho descreve essa ideologia como o discurso que "quer nos fazer crer que nosso clínico é um santo homem imune aos apelos do vil metal e que o nosso advogado é um ser absolutamente ético; e que à imagem deles, todas as demais espécies de profissionais interessam-se pelo bem-estar dos clientes e da comunidade, em troca de justos e modestos honorários" (COELHO – prefácio *in* DINIZ, 2001).

A ideologia do profissionalismo realçava a independência do patrão, do cliente e do trabalho[14]. As profissões liberais eram baseadas no compromisso intrínseco com o trabalho, razão pela qual a atividade deve ser exercida com ou sem remuneração (o médico ou advogado não podiam deixar de atender quem necessitasse dos serviços, pelo fato de o cliente não poder pagar por eles). O próprio nome da contraprestação devida ao profissional não era simples preço, mas honorários -- isto é, expressão de um espírito de gratidão e reconhecimento pessoal pelo mérito do saber do profissional[15].

Segundo Savatier (1947), o desinteresse seria elemento distintivo das profissões, ao sublinhar que "le membre d'une profession libérale ne trafique pás sur des produits et des marchandises, il n'apporte pour l'exercice de sa profession que ses qualités personelles de science, d'intelligence et de dévouement" (1947, p. 190). Essa orientação altruística, pelo ideal de serviço à coletividade, apartaria o profissional do homem de negócios, motivado apenas por razões utilitárias. Na relação profissional não prevalecia a máxima *caveat emptor*, que recomenda acautelar-se o comprador por não estar protegido contra os riscos nas transações mercantis, devendo ser substituída pela máxima *confidat emptor*, que rege a relação entre profissional e cliente, isto é, a confiança mútua, sobretudo tendo em vista a atuação desinteressada do profissional. Por conta também da independência que deveria nortear a atuação do profissional, seria inconciliável com essa condição a subordinação própria do trabalho assalariado.

A crítica que se pode fazer a esse tipo de definição -- o próprio Savatier admite não ter ela previsão expressa na ordem jurídica --, é reproduzir irrefletidamente o discurso e a imagem idealizada que a própria profissão faz de si própria, sem comprovação empírica das mencionadas qualidades, a par de estar profundamente vinculada a uma concepção histórica peculiar do advogado e do médico; isso a restringe como ferramenta analítica do

[14] Sobre as relações entre o estilo de vida próprio do cavalheirismo e certas profissões, Marshall assinala que "The professions were in English parlance, the occupations suitable for a gentleman. This Idea naturally flourished in societies which distinguished sharply between life lived as an end in itself, and passed in pursuit of the means which enable to live as free civilized men should. The professions in such a society were those means to living which were most innocuous, in that they did not dull the brain, like manual labour, nor corrupt the soul, like commerce. [...] The professions, it was said, enjoyed this kind of freedom, not so much because they were free from the control of an employer – that assumed – but rather because, for them, choice was not restricted and confined by economic pressure. The Professional man, it has been said, does not work in order to be paid: he is paid in order that he may work" (1939, p. 325).

[15] Karpik (1995, p.90) sublinha que, sob a denominação da economia da moderação, preponderou no século XVIII a concepção de que "Les honoraieres sont um *present* par lequel un client reconnaît les peines que l'on a prises à l'examen de son affaire; il n'est pas extraordinaire de manquer à lê recevoir, parce qu'il n'est pas extraordinaire qu'il se rencontre un client sans reconnaissance; dans quelque cas que ce soit, jamais ils ne sont exigés. Une pareille demande serait incompatible avec la profession d'avocat et au moment où on la formerait, il faudrait renoncer à son état."

conjunto das profissões. É verdade que ele reconhece a limitação conceitual da noção proposta, e explicitamente exclui outras profissões, afirmando: "la plupart des professions auxiliaires de la médecine ne sauraient être rangées dans le domaine des professions libérales: pharmaciens, opticiens, orthopédistes, infirmiers ne sont pas membres d'une profession libérale" (SAVATIER, 1947, p. 190).

O conceito de profissão liberal nasceu como sinônimo da profissão de advogado e médico e, posteriormente, foi estendido paulatinamente, num processo de emulação de status social, às novas profissões que surgiram no mundo do trabalho. Tal conceito encontra, já há muito tempo, dificuldade analítica de ser aplicado às profissões em geral, sobretudo quando se insiste na característica da prestação de serviços como trabalhador autônomo, ou patrão de si próprio, sem inserção em organizações públicas ou privadas. Com efeito, a engenharia já nasceu como profissão assalariada, tal qual veio a ocorrer com outras profissões.

Outro exemplo do apuro na aplicação do conceito de profissão liberal às novas profissões, que surgiram da sofisticação da divisão técnica do trabalho, da expansão das funções do Estado e das inovações tecnológicas, é bem evidente no campo da saúde. A profissão de enfermagem é caso exemplar dos obstáculos enfrentados na atribuição do conceito tradicional de profissão liberal a essa nova realidade. Com efeito, a enfermagem é uma atividade que se desenvolveu como trabalho remunerado de tempo integral (ocupação), com o aperfeiçoamento da instituição hospitalar no início do século XX -- isto é, quando o hospital deixou de ser depósito de inválidos e loucos para se tornar instituição para tratamento das doenças. Antes disso, a enfermagem era uma atividade sobretudo de caridade, aos cuidados de freiras e religiosas.

Com a mudança de papel do hospital, a enfermagem emerge como ocupação integrante do processo de divisão técnica do trabalho no campo da saúde; nasce, portanto, como trabalho subordinado no interior do hospital, e não autônomo no mercado de serviços médicos. Por outro lado, a submissão da enfermagem à autoridade médica também será fator de questionamento do status profissional dessa ocupação enquanto objeto de estudo no campo sociológico, que prefere qualificá-la como um tipo de semiprofissão, em virtude da autonomia técnica limitada[16] (Etzioni, 1969).

Quando se defrontou com o problema de enquadrar a enfermagem como profissão liberal, para efeito de registro do diploma, Seabra Fagundes (1947, p. 339), ainda preso ao

[16] Sobre o conceito de profissão no campo sociológico, ver capítulo II.

índice do trabalho autônomo como elemento da definição, utilizou, para contornar esse obstáculo, o artifício de aludir à situação de trabalho praticamente inexistente, asseverando que "a profissão de enfermeiro é liberal, pois se destina, originariamente, ao exercício autônomo (a domicílio, a médicos diversos, etc.)". Posteriormente, entretanto, ele reconheceu que

> a evolução da enfermagem, na prática, mostra certa tendência à descaracterização dessa como profissão liberal, para levá-la a enquadrar-se entre as profissões subordinadas. Pelo menos, a enfermagem de alto nível se faz hoje, quase exclusivamente, em estabelecimentos hospitalares e clínicas individuais.

Esse parecer de Seabra Fagundes, elaborado na condição de Consultor Geral da República, sob a égide da Constituição de 1937[17], corrobora o embaraço analítico na aplicação da noção de profissão liberal para classificação das novas profissões, como também se afigurava problemático o uso do conceito nas profissões por antonomásia (direito e medicina), em razão da mudança no modo clássico de prestação de serviços, tanto na área jurídica como na de saúde[18]. O apego ao conceito de profissão liberal era mais simbólico, devido à conotação de status social dele derivado, do que à capacidade explicativa da noção.

Ressalte-se, por outro lado, que as profissões prototípicas (médico e advogado) experimentam, já faz algum tempo, alto grau de inserção nas relações de emprego[19]. Isso leva alguns autores[20] à rejeição do trabalho autônomo como distintivo da profissão liberal.

---

[17] A Constituição Federal de 1937 fazia alusão às profissões liberais, vinculando-as aos diplomas, bem como reservava essas atividades aos brasileiros natos ou naturalizados. Nesse sentido, dispunha o art. 150 que "Só poderão exercer profissões liberais os brasileiros natos e os naturalizados que tenham prestado serviço militar no Brasil, excetuados os casos de exercício legítimo na data da Constituição e os de reciprocidade internacional admitidos em lei. Somente aos brasileiros natos será permitida a revalidação de diplomas profissionais expedidos por institutos estrangeiros de ensino". Na doutrina, além do requisito do diploma de instituição de ensino superior, exigiam-se, como já visto, mais dois requisitos: atividade predominantemente intelectual e trabalho autônomo.

[18] Seabra Fagundes (1947, p. 339) sublinhava que "a circunstância de haver profissionais de categoria pacificamente aceitas como liberais (médico e advogado, etc.), que prestam os seus serviços com exclusividade a determinada empresa, não desfigura o cunho liberal dessas atividades. Isto porque elas se consideram como liberais, em abstrato, ou seja, pela forma genérica e normal de seu exercício, não importando o modo excepcional por que se venham a praticar algumas vezes. Nada inibe que aquele que se habilitou ao exercício duma profissão liberal, despreze o seu caráter originário da atividade para que se diplomou, licenciou, etc., e passe a exercê-la com outro sentido. Esse, sendo um profissional liberal pelo título de que se acha munido, não o será, entretanto, no exercício prático da sua atividade, pois aqui se apresentará como locador de serviços especializados a determinada pessoa, natural ou jurídica."

[19] Em pesquisa realizada a respeito do perfil profissional médico, em meados da década de 90, Machado (1997, p. 118), numa amostra de 183.052 médicos, revelou que somente 8,5% exerciam a profissão sob a modalidade tipicamente "liberal" (profissional autônomo em consultório); 22,7% eram assalariados e os restantes distribuíam-se por fórmulas múltiplas de exercício profissional, que envolviam atividades assalariadas pública ou privada e exercício autônomo em consultório.

[20] No direito espanhol, Montes (2002, p. 39) salienta que "La circunstancia de prestarse los servicios profesionales en dependencia laboral no desvirtúa esa concepción. La figura del profesional asalariado

Ressaltam eles que a independência do profissional liberal seria fundamentalmente de natureza técnica, e residiria na autonomia com que se executariam os atos profissionais. Os meios necessários ao desempenho das tarefas e funções seriam escolhidos discricionariamente, tendo por base os *standards* próprios da *lex artis* da disciplina científica em que se fundamenta o conhecimento profissional e, ainda, as regras deontológicas da profissão.

A expansão do sistema de ensino superior é fenômeno da segunda metade do século XX e tem por fundamento dois processos distintos, que muitas vezes se confundem. De um lado, valorizar o conhecimento técnico e científico como ingrediente central das sociedades modernas; de outro, ser veículo de ascensão e mobilidade social por meio da educação, sobretudo pela generalização do modelo de profissional da educação liberal tradicional. Ou seja, a vinculação das profissões ao ensino universitário tem sido um meio de controlar a concorrência e um mecanismo de elevação do status social da ocupação; esta passa a reivindicar a condição de profissão liberal como estratégia para restringir o acesso ao campo profissional, excluindo os leigos e praticantes sem tal formação educacional.

Contudo, mesmo esse índice de definição de profissão liberal – a exigência de formação universitária –, que poderia ser denominador comum das profissões liberais, é também controvertido: não há estipulação legal estabelecendo tal tipo de credencial educacional como critério de definição, como já houve no passado, na Constituição de 1937. Ademais, contrastando com tal critério de homogeneização, há ocupações que invocam o status de profissão liberal, com base em habilitação de nível médio (protético, corretor de imóveis, técnico em contabilidade, etc.).

Ressalte-se ainda que, no Brasil, o estatuto da Confederação Nacional das Profissões Liberais, ao definir esse profissional no artigo 1º, não incluiu como traço identificador o tipo de vínculo de prestação de serviço (autônomo ou subordinado); ele admite como credencial educacional, habilitante da profissão liberal, tanto o diploma de nível superior como o certificado técnico de nível médio, ao prescrever o que é o profissional liberal: "aquele legalmente habilitado à prestação de serviços de natureza técnico-científica de cunho profissional com liberdade de execução, que lhe é assegurada

---

no es algo antitético, ya que la dependencia laboral del profesional no implica su vinculación en cuanto se refiere a prestación de actos profesionales, que han de realizarse conforme al parecer y criterios del profesional actuante, bajo su propia responsabilidad y según los postulados de la disciplina profesional". Também, na França, o requisito clássico de independência como ausência de sujeição à relação de emprego subordinado, como defendido no passado por Savatier (1947), não já tem mais a relevância de outrora (Casaux, 1992, p. 102 e Vachet, 1977, p. 70) .

pelos princípios normativos de sua profissão, independente de vínculo de prestação de serviço"[21].

A atuação desinteressada e altruísta, que distinguiria as profissões liberais das atividades motivadas por razões utilitárias – atividades comerciais –, acha-se ainda presente no discurso normativo e ético de muitas profissões (como direito e medicina), e serve de justificação para normas éticas de controle e restrição interna da concorrência. Todavia, ela também se encontra sob o cerrado questionamento do direito antitruste. Este tende a equiparar as profissões a qualquer atividade empresarial, ao submetê-las ao âmbito de incidência do direito da concorrência, sem mencionar a crítica sociológica, que insiste no abismo existente entre as pretensões ético-normativas e a prática cotidiana.

Em suma, o conceito de profissão liberal, construído doutrinariamente, é mais uma fotografia desgastada e erodida de modelos profissionais do passado, cuja principal finalidade talvez ainda seja incensar as profissões com uma imagem nobre de status social. O "projeto profissional" (Larson, 1977) das ocupações, além de expandir e cercar mercados de trabalho, ambiciona a mobilidade social, isto é, a ascensão na escala ocupacional de prestígio e valorização social. Como ferramenta analítica para classificação e organização da regulação ocupacional, esse conceito apresenta reduzida utilidade, motivo pelo qual se optou por fazer uso de outro critério para demarcação do objeto de estudo, com base em dados do ordenamento jurídico, e não na difusa noção de profissão liberal.

1.7 CLASSIFICAÇÃO DAS PROFISSÕES REGULAMENTADAS NO BRASIL

1.7.1 Considerações Iniciais

A Constituição Federal (CF), no artigo 5º, inciso XIII, estabelece que é livre o exercício de qualquer trabalho, profissão ou ofício, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer[22]. Por sua vez, o artigo 7º, inciso XXXII, prescreve a proibição de

[21] A Confederação Nacional de Profissionais Liberais, sob o prisma do enquadramento sindical, avoca a condição de representante das seguintes profissões liberais: administradores, advogados, auditores, arquitetos, assistentes sociais, atuários, bibliotecários, biólogos, biomédicos, contabilistas, corretores de imóveis, economistas, enfermeiros, engenheiros, estatísticos, farmacêuticos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, geógrafos, museólogos, fonoaudiólogos, geólogos, médicos, médicos veterinários, nutricionistas, odontologistas, psicólogos, químicos, relações públicas, sociólogos, técnicos agrícolas, técnicos industriais, técnicos em turismo, tradutores e intérpretes e zootecnistas.

[22] Cf. Capítulo IV, que trata da análise dogmática e histórica da evolução constitucional da liberdade de profissão no direito brasileiro.

distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual, ou entre os profissionais respectivos. Pois bem, tendo em vista o que preceitua o artigo 7º, a classificação que se elaborou da regulação profissional, construída pela legislação no ordenamento jurídico brasileiro, não levou em consideração a hierarquia histórica entre trabalho manual e intelectual, que os dividiu entre ofícios e profissões liberais. O conceito de profissional liberal também é pouco útil para organizar essa classificação, visto ser insuficiente para dar conta da heterogeneidade da realidade normativa, porquanto ainda está muito vinculado a noções e valores peculiares de algumas profissões (direito e medicina), o que torna difícil aplicá-lo como categoria genérica.

De acordo com artigo 5º, inciso III, da CF, a regra geral é o princípio da liberdade geral de atuação dos particulares no desenvolvimento de qualquer trabalho, profissão ou ofício. O vocábulo trabalho (e também outras palavras, como profissão, ofício e indústria) tem sido empregado no texto constitucional com acepção ampla, visando designar todas as formas legítimas e lícitas da ação humana no domínio da produção e distribuição de bens e serviços no mundo econômico. Isto é, designar a aptidão para ser a base da vida econômica do indivíduo no mercado de trocas. O objetivo histórico dessa regra constitucional é tutelar a liberdade econômica da pessoa, como um direito estreitamente vinculado a sua personalidade, garantida a livre escolha de trabalho e profissão, conforme a vocação individual de cada um. Evita-se, assim, a imposição compulsória de certo trabalho ou a criação de barreiras injustificáveis ao desenvolvimento dessa liberdade.

Embora a regra seja a liberdade de ação, a Constituição permite ao Estado interditar tal liberdade, vedando o acesso a determinado trabalho, profissão ou ofício, caso o pretendente não demonstre possuir as qualificações profissionais fixadas previamente pelo legislador. Trata-se de liberdade sujeita à lei restritiva, que pode condicionar o exercício de uma atividade privada à obtenção de autorização administrativa (proibição com reserva de autorização).

A geometria regulatória da liberdade de trabalho e profissão é essencialmente variável, transitando das atividades desreguladas -- isto é, de acesso incondicionado --, às atividades densamente reguladas, conforme a diferença de intensidade. A chamada regulamentação ocupacional e profissional incide sobre os mercados de trabalhos e serviços, delimitando campos restritos de atividades econômicas. Quando uma profissão é objeto de intervenção do legislador, ela tem o acesso ao mercado de trabalho condicionado pelo tipo (mais ou menos restrito) e escopo (mais ou menos abrangente) da regulação. Em

regra, a regulação profissional cria mercados relativamente "fechados", pois o ingresso em tais setores regulados passa a depender da habilitação especial por parte do poder público ou de corporações profissionais.

Tal controle preventivo dá-se pela investigação da idoneidade do candidato à profissão, que deve demonstrar a posse de determinado conhecimento supostamente indispensável para exercê-la. Com efeito, o critério fundamental de regulação de acesso às profissões, conforme demonstra a classificação a seguir exposta, tem sido o credencialismo educacional; ou seja, o uso de credenciais educacionais (diplomas, certificados, graus) que atestam a conclusão e o aprendizado de determinada disciplina ou curso acadêmico, como meio de habilitação para o exercício de diferentes profissões.

Esse tipo de regulação profissional cria hierarquias sociais e privilégios, com base em credenciais educacionais, pois reserva-se aos titulares dos diplomas estipulados na legislação um campo privativo de atos profissionais típicos – atribuições, funções e tarefas – para o exercício da profissão.

Pois bem, a primeira classificação que se pode fazer é entre profissões desregulamentadas ou abertas (ou ocupações, como prefere a sociologia das profissões) e profissões regulamentadas. As profissões desregulamentadas ou ocupações livres correspondem a um conjunto de tarefas que estão à disposição de qualquer pessoa, não interferindo o legislador na sua organização ou no modo de exercitá-las. São criadas pela livre iniciativa das pessoas, dentro do processo social de divisão técnica do trabalho. Ingressar nessas ocupações ou profissões desregulamentadas não depende de um ato de habilitação prévio de nenhuma entidade pública ou privada -- ou seja, não há barreiras de acesso, prevalecendo a liberdade geral de atuação (princípio *pro libertate*).

Em contraste com as profissões abertas ou desregulamentadas, encontram-se as profissões regulamentadas, abrangendo um conjunto diversificado de ocupações, que se tornaram objeto de regulação jurídica pelo legislador, disciplinando, sobretudo: i. condições subjetivas e/ou objetivas que afetam a escolha e o acesso à profissão; ii. o modo como a atividade profissional deve ser exercida, a fim de que os interesses de terceiros (ou dos próprios membros das profissão) sejam protegidos; iii. campo privativo de atribuições e funções da profissão; iv. obrigação de inscrição em determinado registro gerido pelo Estado ou por entidade por ele qualificada; v. submissão a um arcabouço de regras institucionais (códigos de ética), que geralmente são definidas pelos integrantes da profissão; vi.

pagamento de contribuições ou tributos especiais; vii. incompatibilidade para o exercício da profissão; viii. normas técnicas e regras sobre responsabilidade civil e penal, etc.

Para a classificação das profissões regulamentadas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, utilizou-se como critério de identificação a existência de condições de acesso (critérios subjetivos ou objetivos que devem ser preenchidos pelos candidatos à profissão), bem como a reserva de atribuições privativas da profissão, estipuladas pelo legislador. Não se enquadram nesse grupo, portanto, as profissões cuja ordenação se resuma a criar um estatuto especial de direitos trabalhistas, porque, às vezes, a legislação faz menção a uma ocupação ou profissão apenas para fixar regras especiais de contrato de trabalho (*e.g.:* jornada de trabalho menor).

A pesquisa concentrou-se em 82 (oitenta e duas) profissões, a saber[23]: Administradores, Advogados, Agentes Comunitários de Saúde, Agentes de Combate às Endemias, Aeronautas (comissários), Aeronautas (pilotos e mecânicos), Agenciadores de Propaganda, Agrimensores, Agrônomos, Arquitetos, Arquivistas, Artistas, Assistentes de Enfermagem, Assistentes Sociais, Atuários, Auxiliares de Enfermagem, Bibliotecários, Biólogos, Biomédicos, Carregadores e Transportadores de Bagagens, Cirurgiões-Dentistas, Contabilistas, Corretores de Imóveis, Corretores de Seguros, Despachantes Aduaneiros, Economistas, Economistas Domésticos, Enfermeiros, Engenheiros, Enólogos, Estatísticos, Farmacêuticos, Fisioterapeutas, Guias de Turismo, Terapeutas Ocupacionais, Fonoaudiólogos, Geógrafos, Geólogos, Guardadores e Lavadores de Veículos, Jornalistas, Leiloeiros, Leiloeiros Rurais, Mães Sociais, Massagistas, Médicos, Médicos Veterinários, Meteorologistas, Museólogos, Músicos, Nutricionistas, Orientadores Educacionais, Parteiras, Pescadores, Portuários, Professores, Professores de Língua Estrangeira,

[23] A lista de profissões regulamentadas e das leis que as disciplinam está disponível no sítio do Ministério do Trabalho, acessado em 15 de fevereiro de 2008, em << http://www.mtecbo.gov.br/regulamentacao.asp >>. Das 53 profissões listadas pelo Ministério, quatro não se enquadram nos critérios supracitados: as regulamentações de Atleta de Futebol, Atleta Profissional de Futebol e Empregado Doméstico são meramente trabalhistas. A profissão de Engenheiro de Segurança é uma especialização da Engenharia ou da Arquitetura, motivo pelo qual também não figura nessa lista. Por fim, foram desdobradas todas as profissões de nível superior de suas contrapartidas de nível técnico, por critério de uniformidade metodológica, uma vez que, na lista consultada, algumas estavam separadas, enquanto outras permaneciam juntas. Por fim, encontram-se ausentes do sítio do Ministério as regulamentações dos Agentes Comunitários de Saúde (Lei 11.350/06), Agentes de Combate às Endemias (Lei 11.350/06), Agrimensores (Lei 3.144/57), Carregadores e Transportadores de Bagagens (Lei 4.637/65), Enólogos e Técnicos em Enologia (Lei 11.476/07), Guias de Turismo (Lei 8.623/93), Mães Sociais (Lei 7.644/87), Meteorologistas (Lei 6.835/80), Pescadores (Decreto-lei 221/67), Portuários (Lei 8.630/93), Professores e Professores de Língua Estrangeira (Decreto 86.324/81), Tradutores Públicos (Decreto 13.609/43), Transportadores Autônomos Rodoviários de Bens (Lei 7290/84) e Vigilantes (Lei 7.102/83), também consideradas em nossa pesquisa.

Profissionais de Educação Física, Profissionais de Relações Públicas, Psicólogos, Publicitários, Químicos, Radialistas, Representantes Comerciais, Secretários Executivos, Sociólogos, Técnicos Agrícolas, Técnicos de Arquivo, Técnicos em Contabilidade, Técnicos em Economia Doméstica, Técnicos de Enfermagem, Técnicos em Enologia, Técnicos em Espetáculos de Diversões, Técnicos em Prótese Dentária, Técnicos Químicos, Técnicos em Radiologia, Técnicos de Segurança do Trabalho, Técnicos em Secretariado, Técnicos Industriais, Tecnólogos, Tradutores Públicos, Transportadores Autônomos Rodoviários de Bens, Vigilantes e Zootecnistas.

O primeiro critério utilizado para classificá-las foi a distinção básica entre as profissões corporativas, que possuem uma entidade auto-reguladora (ordem ou conselho de fiscalização profissional), e as não-corporativas, que não gozam dessa autonomia. Em seguida, as profissões foram ordenadas conforme as restrições ao acesso, ou seja, a exigência de credenciais acadêmicas, de maior ou menor grau, e a eventual necessidade de exames de aptidão, como barreiras ao livre exercício da profissão.

1.7.2 Profissões Corporativas

1.7.2.1 A Natureza das Entidades Corporativas

A criação das entidades corporativas de auto-regulação profissional iniciou-se no Brasil na década de 1930[24]. Atualmente, cerca de metade das profissões regulamentadas (41) no país conta com entidade auto-reguladora, exclusiva ou não[25].

Tema extremamente polêmico, tanto na doutrina como na jurisprudência, é a natureza jurídica das entidades corporativas de fiscalização profissional (Ordens e Conselhos) -- isto é, saber se são pessoas jurídicas com personalidade pública ou privada. A razão de perquirir a natureza jurídica de tais entidades é investigar se o regime jurídico da Administração Pública (notadamente a exigência de realizar concurso público, licitação,

[24] A primeira entidade corporativa de auto-regulação profissional criada pelo legislador brasileiro foi a Ordem dos Advogados do Brasil, conforme previsto no artigo 17 do Decreto nº 19.408, de 18/11/1930. Para análise de processo de profissionalização, ver Capítulo 4.

[25] O grau de autonomia de uma profissão é maior quando a corporação é exclusiva, ou seja, quando não há outras profissões com ingerência sobre as determinações corporativas. Enquanto a maioria das corporações é exclusiva, há casos de corporações múltiplas, como o do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CFEA), em que diversas profissões dividem o mesmo órgão regulamentador (no caso do CFEA, oito profissões). A busca pela autonomia e a plena realização do projeto profissional pode levar corporações múltiplas a se desmembrarem, como ocorreu com o extinto Conselho Federal de Biologia e Biomedicina, ao qual sucederam entidades distintas para os biólogos e biomédicos.

a vedação de acumulação de cargos, empregos e funções, a fiscalização pelo Tribunal de Contas, etc.), deve ser aplicado a esses entes de natureza pública. Embora não seja objeto específico deste trabalho, impende tecer algumas considerações sobre tal controvérsia.

A legislação que cuida das entidades corporativas de fiscalização profissional não é uniforme[26], havendo lei *ad hoc* para cada entidade. É possível, do marco regulamentar existente, elaborar a seguinte classificação sobre sua natureza jurídica:

- Entidades corporativas qualificadas pelo legislador de *autarquias com personalidade de direito público, vinculadas ao Ministério do Trabalho*, que incluem os seguintes órgãos: Conselho Federal de Administração, Conselho Federal de Biologia, Conselho Federal de Biomedicina, Conselho Federal dos Corretores de Imóveis, Conselho Federal de Enfermagem, Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional, Conselho Federal de Fonoaudiologia, Conselho Federal de Nutrição e Conselho Federal dos Profissionais de Relações Públicas.

- Entidades corporativas às quais o legislador atribui ao conselho ou à ordem a *personalidade de direito público*, não havendo, porém, designação formal de que se trata de *autarquia*, abrangendo os seguintes Conselhos: Conselho Federal de Biblioteconomia, Conselho Federal de Farmácia, Conselho Federal de Química e Ordem dos Músicos do Brasil.

- Entidades corporativas denominadas explicitamente pelo legislador *autarquias com personalidade de direito público*, a saber: Conselho Federal de Engenharia, Conselho Federal de Medicina, Conselho Federal de Medicina Veterinária, Conselho Federal de Odontologia, Conselho Federal de Psicologia e Conselho Federal dos Técnicos em Radiologia.

- Entidades corporativas criadas com *omissão da designação do tipo de personalidade jurídica* (não diz se é pública ou privada), que compreendem a Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal de Economia, Conselho Federal de Estatística, Conselho Federal de Museologia, Conselho Federal dos Representantes Comerciais e Conselho Federal de Serviço Social.

À exceção dos nomeados do último grupo, não poderia haver dúvida a respeito da natureza pública de tais entidades, pois o legislador, quando as criava, indiscutivelmente lhes conferia a personalidade de direito público.

[26] Ao contrário do que se verifica na Espanha, que possui uma lei básica que disciplina a organização, os poderes e a forma de atuação dos Colégios Profissionais (Lei 2 de 13/2/1974).

Tal quadro foi modificado pelo artigo 58 da Lei 9.648/98, que previu, entre outras questões, que os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico. Entretanto, esse dispositivo legal foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Adin nº 1.717-6 (DOU 18.11.02), ao decidir que às entidades corporativas de fiscalização profissional fossem delegados poderes de autoridade pública[27] (controlar o acesso à profissão, cobrar tributos, aplicar sanções, etc.)quê. Por esse motivo, não era possível dar-lhes a personalidade jurídica de direito privado. Pretendia o legislador, com essa transmutação da personalidade jurídica das entidades de fiscalização profissional, afastar claramente o risco de incluí-las no âmbito da Administração Pública e, por conseguinte, aplicar integralmente o regime jurídico administrativo.

Pois bem, tendo em vista a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade do artigo 58 da Lei 9.648/98, proclamando, dessa forma, a natureza pública da personalidade jurídica das entidades corporativas de fiscalização profissional, pelo fato de elas manejarem prerrogativas de autoridade, impende examinar se lhes é aplicável o regime jurídico de direito administrativo. Por outras palavras, se o caráter público dessas entidades implica inexoravelmente a subsunção delas à Administração Pública indireta. Essa é a questão de fundo subjacente ao debate sobre a natureza jurídica de tais entes.

A grande dificuldade de classificação das entidades profissionais deriva da circunstância de elas não se ajustarem perfeitamente à dicotomia público-privada em que tradicionalmente a doutrina procura encaixar os institutos jurídicos; o profissionalismo, segundo Freidson (2001), seria uma terceira lógica de organizar e controlar o trabalho pelos próprios profissionais que buscam uma alternativa ao livre mercado (direito privado) e à organização burocrática (pública e privada).

Para fugir a esse dilema classificatório, que não explica adequadamente as instituições existentes na realidade normativa, releva admitir, na linha defendida por Moreira (1997, p. 282), que

> as antigas equações entre administração pública e entidades públicas e entre entidades públicas e direito administrativo deixaram de verificar-se em todo ou

[27] Proclamou o STF que "Com efeito, não parece possível, a um primeiro exame, em face do ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da C.F., a delegação a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais." (Adin nº 1.717-6).

> em parte. A atividade da Administração pode estar a cargo de privados; e os entes públicos podem estar regidos pelo direito privado.

No caso das entidades corporativas de fiscalização profissional, o reconhecimento da natureza pública autárquica não conduz necessariamente a qualificá-las como entidade estatal, isto é, como integrante da administração indireta. Conforme argumentam Sundfeld e Câmara (2006, p. 323):

> Para classificar tais entidades de modo adequado é necessário considerar todas as suas características. O equívoco que se observa em boa parte das propostas de interpretação está em privilegiar um tipo de característica em detrimento de outro. Como não se encontra, entre as categorias tradicionais de classificação, um modelo que apresente peculiaridades das entidades de fiscalização profissional, acaba-se estabelecendo uma dicotomia, na qual só restaria como opção enquadrá-las como parte da Administração indireta ou como entidade privada.
>
> A superação desse impasse se dá com a separação de duas realidades distintas: a natureza pública, de um lado, e a estatal, de outro. Todavia, por vezes esta distinção é esquecida. De um modo geral se pretende vincular a natureza de direito público à estrutura burocrática que integra o Estado. A premissa da qual se parte é a de que, por ser público, o ente também seria, necessariamente estatal. A recíproca também é tida como verdadeira. Desta outra forma entende-se que se não for estatal, o ente só poderia ostentar natureza jurídica de direito privado.
>
> Acontece que não há relação necessária entre possuir natureza de direito público e integrar a estrutura estatal. Deveras, não é todo ente estatal que apresenta regime jurídico de direito público, bem como não é necessário que todo ente público faça parte da estrutura estatal.

A correspondência inarredável entre entidade de natureza pública e organização estatal pode ser rompida desde que haja justificativa aceitável para a modificação dessa tradicional equação, podendo o legislador dar vida a uma entidade com natureza jurídica de direito público, que não seja parte integrante da Administração. O ente seria público, mas não estatal (SUNDFELD; CÂMARA, 2006, p. 324).

Essa ruptura com o paradigma clássico de estruturação dual da realidade jurídica entre público e privado, que reproduz a divisão entre estado e sociedade civil, passa também pela superação da visão estatocêntrica, que não concebe a realização de interesses públicos fora do Estado. Deveras, há interesses públicos que são indiscutivelmente intrínsecos à noção de Estado e, por isso, são inseparáveis dele (defesa externa, segurança pública, administração a justiça, etc.); porém, há outros interesses públicos afetos diretamente a determinados grupos sociais, que os identificam também como interesses próprios e, por isso, mostram-se mais bem vocacionados a cuidar deles.

De acordo com Moreira (1997), é imprescindível distinguir entre tarefas do Estado e tarefas públicas, tendo em conta que o Estado não tem mais o monopólio do público, pois esse conceito não se resume a assuntos estritamente estatais.Assevera ele:

> Ao lado de tarefas públicas a cargo da administração do Estado – por interessarem a toda a coletividade – existem tarefas públicas que, por

> interessarem especialmente a coletividades infra-estaduais (territoriais ou profissionais), não carecem de ser cuidadas diretamente pelo Estado, podendo ser confiadas aos próprios interessados. (...) Estabelecida a distinção entre tarefas do Estado e tarefas públicas (que não se esgotam naquelas), fica também superada a dicotomia entre tarefas do Estado e tarefas privadas, substituída por tricotomia: tarefas do Estado-tarefas publicas não estaduais-tarefas privadas. É fácil ver nesta tricotomia uma correspondência com a já referida superação da tradicional separação Estado-sociedade na qual se interpõe uma esfera híbrida de interpenetração entre o aparelho do Estado e os interesses sociais. (1997, p. 89)

Ao estruturar as entidades corporativas de regulação profissional, o legislador buscou conciliar a necessidade de regulação pública das profissões socialmente relevantes com o valor da liberdade profissional. O legislador fez, de certa forma, a troca da liberdade negativa pela positiva, ao substituir a ausência de constrangimentos, que havia em certos domínios profissionais completamente desimpedidos (liberdade geral de ação), pela liberdade positiva (capacidade de auto-regulação); esta consiste na autonomia para ditar as próprias regras de ordenação profissional, dentro do quadro geral definido pela legislação, pois cria-se um arcabouço institucional, cuja aplicação e integração (controle do acesso, edição de códigos de ética e poder sancionador, etc.) são compartilhadas com a comunidade profissional representada na entidade corporativa.

A opção por uma entidade corporativa com altíssimo grau de independência funcional, feita pelo legislador, é visível na ausência de interferência do Estado nos assuntos próprios da profissão que goza de capacidade de autogoverno ou autodeterminação, bem como autonomia administrativa e financeira.

As entidades corporativas de fiscalização profissional dispõem de capacidade de autogoverno, assegurada pelo sistema concebido para escolha de seus dirigentes, o qual é imune à intromissão de pessoas alheias à corporação.[28] Esse governo próprio está estruturado por meio de órgãos representativos, eleitos direta e indiretamente pela comunidade profissional.

Em regra, as entidades corporativas de fiscalização profissional copiam o modelo federativo, havendo uma entidade com jurisdição nacional (Conselho Federal de Fiscalização) e uma entidade regional, com jurisdição estadual (Conselho Regional de Fiscalização). Os dirigentes regionais são escolhidos pelo voto pessoal e secreto dos profissionais registrados na esfera estadual, ao passo que os dirigentes nacionais são eleitos

[28] Em algumas entidades, há uma participação externa no Conselho Regional de pessoas indicadas pela congregação de universidades (bibliotecários e Engenharia), bem como, na medicina, de representante da Associação Médica Brasileira (AMB).

indiretamente por um colégio eleitoral formado por representantes de Estado.[29] A eleição do governo da entidade profissional é realizada *interna corporis*, entre os membros da profissão, sem a ingerência de autoridade pública[30] (quer do Executivo, quer do legislativo), ao contrário do que ocorre nas entidades que compõem a administração indireta, quando o dirigente é escolhido pelo Chefe do Executivo. Tampouco existe qualquer mecanismo que permita à autoridade governamental destituir ou afastar os dirigentes eleitos pela classe.

Não estão também, as entidades corporativas, sujeitas à orientação administrativa de autoridades do governo central, na definição das estratégias e políticas de interesse da comunidade profissional; por isso, dispõem de capacidade de autodeterminação, na medida em que a legislação confere ampla margem de liberdade de ação, pois compete aos órgãos de direção, eleitos pelos profissionais inscritos na entidade, definir o modo de realizar os próprios objetivos de forma independente, sem receber instruções nem ordens de outrem.

A autonomia organizatória encerra o poder de ditar a própria constituição interna, por meio de regimentos que definem os órgãos de direção e execução das políticas institucionais, definindo também os postos de trabalho (e respectivas remunerações) necessários à execução das ações de gestão administrativa. Ressalte-se, por outro lado, que as funções de direção superior são exercidas a título honorífico pelos membros da profissão eleitos pelos pares, sem remuneração. Como se vê, trata-se de realidade completamente diversa da existente na administração direta e autárquica, cujos cargos, empregos e remuneração dependem de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo (artigo 61, § 1º, II, "a" da CF).

Além de regular sua constituição interna, possuem essas entidades capacidade de auto-administração, praticando os atos jurídicos específicos para execução das decisões administrativas independentes, tomadas no âmbito de suas atribuições, sem necessidade de consentimento prévio (aprovação) ou ulterior (homologação) de outra autoridade. Tais atos administrativos são insuscetíveis de revisão na esfera da Administração Pública, cabendo apenas recurso ao Judiciário para controle de legalidade, pois o juízo sobre o mérito dessas decisões foi confiado aos membros da profissão.

---

[29] No caso da medicina, a eleição dos representantes de cada Estado e do Distrito Federal no Conselho Federal dá-se também pelo voto direto, secreto e pessoal dentre os médicos regularmente inscritos em cada Conselho Regional.

[30] Como diz o aforismo, "para toda regra há a exceção", neste caso também é possível confirmar a máxima: Os presidentes do Conselho Federal de Biblioteconomia e do Conselho Federal de Química são escolhidos pelo Presidente da República em listra tríplice organizada pelos membros dos respectivos Conselhos (art. 4º da Lei 2.800/56 e art. 11 da Lei nº 4.084/62).

Outro signo distintivo dessas entidades é a autonomia financeira desenhada pelo legislador para assegurar o cumprimento das suas funções legais, pois elas gozam da garantia de receitas próprias, independentes do orçamento da administração central, as quais são carreadas aos cofres mediante contribuições especiais, cobradas dos profissionais nelas registrados. Trata-se de receitas públicas que integram o conceito de parafiscalidade, visto que tais contribuições compulsórias incidem sobre as pessoas em favor de quem as entidades corporativas exercem a função de auto-regulação e representação dos interesses da categoria. Embora recebam receitas públicas, elas somente são pagas pelos membros da profissão, que concorrem, dessa forma, para o financiamento da própria entidade corporativa, não havendo transferência de recursos do orçamento estatal, que é composto por tributos, em geral pagos por toda a sociedade para financiamento das ações do Estado.

O orçamento das entidades corporativas, isto é, a alocação das receitas às despesas, é decidido pelos órgãos de direção da entidade, com completa autonomia. Como não dependem do orçamento público para sua manutenção, as receitas e despesas dessas entidades não estão inseridas na lei orçamentária anual, como ocorre com as entidades que integram a administração indireta e autárquica.

Cabe destacar, ainda, que as entidades corporativas não estão subordinadas a controle administrativo por órgãos da administração central, pois não há previsão legal para qualquer tipo de tutela, seja de legalidade ou de mérito das decisões dessas entidades, cujos atos apenas podem ser impugnados perante o Poder Judiciário.

O fato de as entidades corporativas, enumeradas no primeiro grupo supracitado, terem sido criadas como *autarquias com personalidade jurídica de direito público vinculadas ao Ministério do Trabalho* não as submete à tutela do Ministério do Trabalho. A supervisão ministerial, que era facultada por meio de tal vinculação, não subsiste desde 1986, uma vez que o parágrafo único do Decreto-lei 968/69 que a contemplava foi expressamente revogado pelo Decreto-lei 2.299/86[31].Atualmente prevalece a imunidade

[31] O Decreto-lei 968, de 13/10/1969 dispunha: "Art. 1º As entidades criadas por lei com atribuições de fiscalização do exercício de profissões liberais que sejam mantidas com recursos próprios e não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, regular-se-ão pela respectiva legislação específica, não se lhes aplicando as normas sobre pessoal e demais disposições de caráter geral relativas à administração interna das autarquias federais.
Parágrafo único. As entidades de que trata este artigo estão sujeitas à supervisão ministerial prevista no art. 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, restrita à verificação da efetiva realização dos correspondentes objetivos de interesse público." (grifei).
O artigo 3º do Decreto-Lei nº 2.299/86 expressamente revogou o parágrafo único do Decreto-Lei 968/69, tendo o Decreto nº 93.617, 26/11/1986 previsto em seu artigo 1º:
"Art. 1º Não será exercida supervisão ministerial sobre as entidades incumbidas da fiscalização do exercício de profissões liberais, a que se refere o Decreto-Lei 968, de 13/10/1969."

tutelar frente à Administração, sendo o controle estritamente judicial. Enfim, há completa independência funcional em relação à Administração Pública.

Esse conjunto de peculiaridades das entidades corporativas de fiscalização profissional permite inferir que elas, conquanto possuam personalidade jurídica de direito público, são distintas dos entes que integram a administração indireta. Como bem definiram Sundfeld e Câmara (2006, p. 327), "seria possível classificá-las como *entes públicos não-estatais*"[32]. Sobre a necessidade de adotar critérios discriminatórios, considerando as condições específicas e a natureza peculiar de cada pessoa, a fim de evitar classificações simplistas, que serão defeituosas ou deformadoras, Magalhães (1950, p. 348), ao analisar a natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, destacava:

> Devemos reconhecer, em face de elementos concretos, que nem tôdas as pessoas jurídicas que exercem funções estatais, ou tem prerrogativas de poder público, concedidas em obséquio aos serviços de interesse coletivo ou social que desempenham, ficarão bem qualificadas sob a etiqueta uniforme e indiscriminada de "autarquia". Há que distinguir entidades diferentes pela sua natureza, pelas suas finalidades, pela forma especial de organização e de funcionamento que cada qual oferece.

Pois bem, como essas entidades corporativas de fiscalização profissional não integram o conceito da administração pública direta e indireta, não se lhes aplica inteiramente o regime jurídico de direito público previsto na Constituição Federal para administração direta e indireta[33]. Estão submetidas a um regime híbrido, tendo em vista o

---

Por sua vez, a legislação ulterior que tratou da organização da administração pública (Lei 10.683/03) não faz menção à supervisão das entidades de fiscalização profissional.

[32] Na doutrina portuguesa, Moreira sustenta que estas entidades corporativas de fiscalização profissional são associações públicas, isto é, "ente público corporacional cujo substrato é constituído por uma colectividade ou conjunto de particulares portadores de determinada posição ou interesse específico comum" (1997, p. 382) que integram a chamada "administração autónoma*"* que não é administração estatal em sentido estrito nem tampouco administração indireta do estado, isto é, "dos entes públicos instrumentais do Estado (estabelecimentos, institutos, empresas públicas)", pois as pessoas que a compõem são "expoentes de formações ou colectividades sociais específicas (colectividades locais e colectividades profissionais)" (Id., p. 125-126), compreendendo a "administração autónoma" duas dimensões essenciais: "(a) a 'autodeterminação', isto é, a capacidade de definir a sua própria orientação administrativa, sem submissão a orientações superiores; (b) a auto-responsabilidade, isto é, a não submissão do mérito dos seus actos ao controle da administração estadual. Esse dois traços distinguem a administração autónoma da administração indireta, que não passa de uma administração instrumental do Estado e que, por isso, não goza de independência, antes está submetida à orientação e controlo dele." (Id., p. 126).

[33] Sobre a exigência de concurso público para contratação de pessoal das entidades corporativas de fiscalização profissional, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Adin nº 3.026-4-DF, relator Ministro Eros Grau, (D. J. de 29/9/2006) decidiu que a exigência de concurso público prevista no artigo 37, II da C.F. não seria aplicável à Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, pelo fato de ela não integrar a Administração indireta. Na ementa do acórdão restou consignado que "[...] Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria impar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como 'autarquias especiais' para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas 'agências'. Por não

manejo de prerrogativas públicas, sobretudo a obrigação de observar o devido processo legal previsto no inciso LIV do artigo 5º, no exercício dos poderes públicos. Há que mencionar ainda a obrigação de prestar contas ao TCU sobre a aplicação das receitas públicas, representadas pelas contribuições pagas pelos membros da profissão, conforme exige o parágrafo único do artigo 70 da Constituição[34].

O fundamento para submeter entidades corporativas à fiscalização do Tribunal de Contas da União tem sido o caráter público da contribuição parafiscal (contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas previstas no artigo 149 da Constituição Federal). Ela é cobrada cogentemente dos integrantes da profissão registrados na entidade, por a natureza tributária possuir tal contribuição, já que se ajusta ao conceito legal de tributo previsto no artigo 3º do Código Tributário Nacional. Trata-se de prestação pecuniária compulsória, que não constitui sanção por ato ilícito e é cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Esse entendimento tem sido aceito, desde 1963, pelo Supremo Tribunal Federal e foi reiterado em três oportunidades[35]. Constitui a

---

consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita ao controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente à finalidade corporativa. Possui finalidade institucional. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao *caput* do artigo 79 da Lei 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista pela OAB. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. [...]" (Adin nº 3.026-4-DF, relator Ministro Eros Grau, (DJ de 29/9/2006).

[34] Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.
Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie e administre dinheiros, bens e valores públicos, ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária."

[35] "EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. I. - Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. II. - Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido o Relator e os Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. III. - Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos do Relator e dos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. IV. - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições

única exceção a essa orientação a decisão proferida pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, em 1951, quando este decidiu que a Ordem dos Advogados do Brasil não estava obrigada a prestar contas ao TCU, pelo fato de não receber tributos[36].

Conquanto esteja subordinada a regime híbrido, não há vedação constitucional a que o legislador crie um regime de sujeições especiais para as entidades corporativas de fiscalização profissional, pois a independência de que elas desfrutam tem fundamento legal. Isto é, a liberdade de ação decorre da ausência de limites, encargos ou sujeições impostos pela lei, e não de uma autonomia protegida constitucionalmente, que impeça o legislador de dar outra configuração institucional às citadas entidades. Exemplos: estender-lhes a obrigação de licitar, realizar concurso público para contratação do seu próprio pessoal, etc. Essa inexistência de restrições, típicas do regime jurídico administrativo, deve-se à avaliação da inconveniência ou desnecessidade de tais medidas no âmbito de tais entidades, para garantia da persecução dos interesses que lhes foram confiados -- isto é, a função de auto-regulação não ficaria comprometida pela carência dessas sujeições especiais[37].

---

corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313. V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II). VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida**."** (MS nº 21.797 – relator Ministro Carlos Veloso – DJ 18/5/2001).

"EMENTA: Mandado de segurança. - Os Conselhos Regionais de Medicina, como sucede com o Conselho Federal, são autarquias federais sujeitas à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União por força do disposto no inciso II do artigo 71 da atual Constituição. - Improcedência das alegações de ilegalidade quanto à imposição, pelo TCU, de multa e de afastamento temporário do exercício da Presidência ao Presidente do Conselho Regional de Medicina em causa. Mandado de segurança indeferido." (Mandado de Segurança n. 22.643-9 – relator Ministro Moreira Alves – DJ 4/12/1989).

"EMENTA: Definido por lei como autarquia federal, o Conselho Federal de Medicina está sujeito a prestar contas ao Tribunal de Contas da União." (MS 10.272 – Ministro Victor Nunes Leal – Julgamento 8/5/1963).

[36] "A Ordem dos Advogados não está obrigada a prestar contas ao Tribunal de Contas da União; não recebe ela tributos nem gira com dinheiros ou bens públicos" (Recurso em Mandado de Segurança nº 797 – relator Ministro Cândido Lobo, *in Revista de Direito Administrativo* nº 20, p. 124-147).

[37] Consoante argumentam Sundfeld e Câmara (2006, p 331), o concurso público seria inaplicável a um ente público que não integre a estrutura estatal (administração direta ou indireta), pois o artigo 37, II, só alcança as entidades integrantes da administração. Por outro lado, sustentam que o concurso público foi concebido para dar ao Estado um organização profissional e impessoal, impedindo, assim, a apropriação dele pelas forças políticas que transitoriamente ocupam os cargos de direção política. Já as entidades corporativas têm um modelo de organização interna democrático, baseado na escolha dos dirigentes superiores que exercem função honorífica sem remuneração, o que permite um controle interno de índole diversa do necessário para a estrutura do Estado, o que tornaria dispensável a realização de concurso público, oneroso demais em alguns casos, cujo Conselho de Fiscalização profissional é diminuto, como ocorre em algumas unidades da federação.

1.7.2.2 A Função das Entidades Corporativas

A característica central da regulação profissional corporativa é a delegação do poder de seleção, disciplina e controle dos profissionais, a uma entidade coletiva, composta obrigatoriamente por todos os membros da profissão. Ou seja, o Estado abre mão, em favor da comunidade profissional, da faculdade de tutelar a profissão, pois atribui a essa entidade dirigida pelos integrantes da profissão um plexo de prerrogativas públicas que antes eram detidas, ainda que potencialmente, pelo Estado (MOREIRA, 1997, p. 264-272).

Os poderes outorgados às entidades corporativas (ordens e conselhos de fiscalização profissionais) correspondem fundamentalmente às seguintes funções: i. controle do acesso à profissão; ii. regulação profissional; iii. autodisciplina; iv. representação profissional.

Pelo controle de acesso à profissão, a entidade de fiscalização profissional administra a admissão de novos membros, com fulcro em critérios fixados pelo legislador. Nessa matéria, tem prevalecido o princípio de reserva legal estrita, pois cabe apenas ao legislador prescrever as condições restritivas de entrada na profissão. Os critérios, preceituados geralmente pelo legislador, dividem-se em requisitos subjetivos e objetivos.

Os requisitos subjetivos são aqueles diretamente relacionados à pessoa do candidato, como a exigência de credencial educacional específica (diplomas e certificados), estágios práticos, aprovação em exames de avaliação da capacidade e aptidão, etc. Também, não pode o pretendente incidir nas causas de incompatibilidade com a profissão ou em condição de inidoneidade. Já os requisitos objetivos não têm relação com a pessoa do profissional (não dependem de sua vontade nem capacidade), mas de condições próprias do mercado profissional, como um sistema de averiguação da necessidade de novos profissionais, a fim de regular a concorrência, estabelecendo um *numerus clausus*.

O controle do acesso à profissão abrange ainda o procedimento de inscrição compulsória em registro profissional, nos termos das condições prefixadas pelo legislador, como requisito para o exercício da profissão, bem como a expedição da carteira de identificação profissional.

A regulação profissional alcança a função ordenadora do exercício profissional, por meio de normas institucionais (código de ética) que disciplinam as relações com os clientes, compromissos com a comunidade, as relações com outros profissionais, regras sobre a publicidade e preços mínimos de serviços. Enfim, a auto-regulação profissional

caracteriza-se pela instituição de comportamento cogente aos membros da profissão pela própria coletividade profissional, representada nos órgãos coletivos da entidade corporativa, restringindo, assim, o espaço de livre escolha individual.

O poder de autodisciplina envolve o julgamento pelos pares --ou seja, a revisão das ações do profissional deve ser feita pelos membros da profissão, tendo em vista a natureza da atividade profissional, que supõe o domínio de conhecimento abstrato e prático que compõe a chamada *lex artis*. Por isso, somente os integrantes da profissão estão habilitados a julgar os atos profissionais relacionados à aplicação de tal conhecimento aos casos concretos, pois o público leigo, em virtude da assimetria das informações, não teria capacidade de avaliar o trabalho profissional. As sanções disciplinares que podem ser impostas pela entidade corporativa são as seguintes: advertência, censura, multa, suspensão e exclusão do exercício profissional[38].

A função de representação da profissão compreende as manifestações públicas de defesa das prerrogativas profissionais. Compreende também a atividade de convencer os poderes do Estado e da sociedade da importância da proteção dos valores tutelados pela profissão, realçando sempre o caráter vital desse conhecimento para o bem-estar coletivo, que poderia ser seriamente prejudicado, caso pessoas sem habilitação técnica viessem a exercer a profissão. Dentro ainda das funções de representação, enquadra-se o papel de "consultoria"[39] dos órgãos governamentais em assuntos que envolvam o conhecimento privativo da profissão, a fim de auxiliar na elaboração de políticas públicas.

---

[38] As leis que regulam as profissões de corretor de seguros (Lei 4.594/64), representante comercial (Lei 4.886/65) e tradutor público (Lei 13.609/43) prevêem a possibilidade, de questionável constitucionalidade, da exclusão perpétua, impedindo a reabilitação do profissional expulso de seus quadros. A legislação dos corretores de seguros preceitua, em seu art. 6º: "Não se poderá habilitar novamente como corretor aquêle cujo título de habilitação profissional houver sido cassado, nos têrmos do artigo 24". Já a regulação dos representantes comerciais, no art. 4º, que trata das condições para admissão do profissional, inclui, entre aqueles que não podem se inscrever, "o que estiver com seu registro comercial cancelado como penalidade" (alínea d). Por sua vez, o parágrafo único do art. 3º da lei dos tradutores públicos é categórico: "Não podem exercer o ofício os que dele tenham sido anteriormente demitidos". Essas sanções e sua constitucionalidade serão objeto de análise no capítulo IV.

[39] São exemplos dessa função consultiva a previsão no artigo 7º, letra "j" da Lei 1.411/51, de que o Conselho Federal de Economia atuará como órgão consultivo do governo em temas relativos ao objeto da sua profissão; o Conselho Federal de Farmácia também atuará como colaborador em matérias de ciência e técnica farmacêutica (letra *h*, artigo 6º, Lei 3.820/60); a Lei 5.517/68 no artigo 9º diz que Conselho de Medicina Veterinária servirá como órgão de consulta do poder público em todos os assuntos relativos à profissão médica veterinária ou ligados, direta ou indiretamente, à produção ou à indústria animal; por sua vez, a Lei 7.284, em seu artigo 7º, letra *j* prescreve que compete ao Conselho Federal de Museologia "estabelecer critérios para o funcionamento dos museus, dando ênfase à sua dimensão pedagógica".

A função de representação contempla ainda ações de controle indireto do mercado de trabalho, ao procurar influenciar o sistema de ensino superior (produção de profissionais) (Larson, 1977) para garantir um padrão de qualidade e uniformidade na preparação dos profissionais, além de conter sua expansão descontrolada; isso porque certo grau de escassez é necessário para que não haja deterioração da condição econômica da profissão, pelo excesso de oferta de profissionais. Esses mecanismos de controle indireto incluem a participação em órgãos do Estado que autorizam novas instituições de ensino, bem como a realização de avaliação ("selo de qualidade") do resultado das universidades em funcionamento.

1.7.2.3 Classificação das Profissões Corporativas

As entidades corporativas de auto-regulação e respectivas profissões são:

i. Conselho Federal de Administração (Lei 4.769/65, Decreto 61.934/67 e Lei 7.321/85):
    a. Administradores.

ii. Conselho Federal de Biblioteconomia (Lei 4.084/62, Decreto 56.725/65, Lei 7.504/86 e Lei 9.674/98):
    a. Bibliotecários.

iii. Conselho Federal de Biologia (Lei 6.684/79, Decreto 85.005/80, Lei 7.017/82 e Decreto 88.438/83):
    a. Biólogos.

iv. Conselho Federal de Biomedicina (Lei 6.684/79, Decreto 85.005/80, Lei 7.017/82 e Decreto 88.439/83):
    a. Biomédicos.

v. Conselho Federal de Contabilidade (Decreto-lei 6.295/45, Lei 4.399/64, Lei 4.695/65, Decreto-lei 1.040/69):
    a. Contabilistas;
    b. Técnicos em Contabilidade.

vi. Conselho Federal dos Corretores de Imóveis (Lei 6.530/78 e Decreto 81.871/78):
    a. Corretores de Imóveis.

vii. Conselho Federal de Economia (Lei 1.411/51 e Decreto 31.794/52):
    a. Economistas.

viii. Conselho Federal de Economistas Domésticos (Lei 7.387/85, Decreto 92.524/86 e Lei 8.042/90):
    a. Economistas Domésticos;
    b. Técnicos em Economia Doméstica.

ix. Conselho Federal de Educação Física (Lei 9.696/98):
    a. Profissionais de Educação Física.

x. Conselho Federal de Enfermagem (Decreto-lei 8.778/46, Lei 5.905/73, Lei 7.498/86 e Decreto 94.406/87):
    a. Enfermeiros;
    b. Técnicos de Enfermagem;
    c. Auxiliares de Enfermagem;
    d. Parteiras.

xi. Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Lei 4.950-A/66, Lei 5.194/66, Lei 8.195/91):
    a. Agrimensores (Lei 3.144/57);
    b. Agrônomos;
    c. Arquitetos;
    d. Engenheiros;
    e. Geógrafos (Lei 6.664/79);
    f. Geólogos (Lei 4.076/62);
    g. Meteorologistas (Lei 6.835/80);
    h. Técnicos em Segurança do Trabalho;
    i. Técnicos Agrícolas;
    j. Técnicos Industriais;[40]
    k. Tecnólogos.

xii. Conselho Federal de Estatística (Lei 4.739/65 e Decreto 62.497/68):
    a. Estatísticos.

xiii. Conselho Federal de Farmácia (Lei 3.820/60):
    a. Farmacêuticos.

xiv. Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (Decreto-lei 938/69 e Lei 6.316/75):
    a. Fisioterapeutas;
    b. Terapeutas Ocupacionais.

xv. Conselho Federal de Fonoaudiologia (Lei 6.965/81):
    a. Fonoaudiólogos.

xvi. Conselho Federal de Medicina (Lei 3.268/57):
    a. Médicos.

xvii. Conselho Federal de Medicina Veterinária (Lei 5.517/68 e Decreto 64.704/69):
    a. Médicos Veterinários;
    b. Zootecnistas.

[40] Os técnicos industriais, conforme suas especializações, devem se inscrever no CFEA ou no Conselho Federal de Química.

xviii. Conselho Federal de Museologia (Lei 7.287/84):
    a. Museólogos.

xix. Conselho Federal de Nutrição (Lei 6.583/78, Decreto 84.444/80 e Lei 8.234/91):
    a. Nutricionistas.

xx. Conselho Federal de Odontologia (Lei 4.324/64, Decreto 68.704/71 e Lei 5.081/66):
    a. Cirurgiões-Dentistas;
    b. Técnicos em Prótese Dentária.

xxi. Conselho Federal de Profissionais de Relações Públicas (Lei 5.377/67, Decreto 63.283/69 e Decreto-lei 860/69):
    a. Profissionais de Relações Públicas.

xxii. Conselho Federal de Química (Lei 2.800/56 e Decreto 85.877/81):
    a. Químicos;
    b. Técnicos em Química;
    c. Técnicos Industriais.[41]

xxiii. Conselho Federal de Psicologia (Lei 4.119/62, Decreto-lei 706/89, Lei 5.766/71, Decreto 79.822/77):
    a. Psicólogos.

xxiv. Conselho Federal dos Representantes Comerciais (Lei 4.886/65):
    a. Representantes Comerciais.

xxv. Conselho Federal de Serviço Social (Lei 8.662/83):
    a. Assistentes Sociais.

xxvi. Conselho Federal dos Técnicos em Radiologia (Lei 7.394/95):
    a. Técnicos em Radiologia.

xxvii. Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94):
    a. Advogados.

xxviii. Ordem dos Músicos do Brasil (Lei 3.857/60):
    a. Músicos.

As profissões dotadas de entidades corporativas de auto-regulação podem ser subdivididas, conforme seus critérios de acesso, mais ou menos restritivos, em cinco categorias, conforme abaixo.

[41] V. nota 40

1.7.2.3.1 Profissões corporativas que não exigem credenciais acadêmicas

Dentro desse grupo, enquadra-se a profissão de representante comercial autônomo, regulamentada pela Lei n. 4.886/65, modificada pela Lei 8420/92. Conforme dispõe o artigo 1º da Lei 4.886/65, trata-se da pessoa (física ou jurídica) que, "em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, dedica-se à mediação de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representantes, praticando ou não os atos relacionados à execução dos negócios".

O acesso a essa profissão, que Requião (2003, p. 207) considera de natureza comercial, não está condicionado à posse de credencial educacional. O ingresso na atividade é praticamente livre, pois o interessado deve comprovar regularidade com o serviço militar e a legislação eleitoral (condições gerais de cidadania), apresentando certidão de antecedentes criminais. Proíbe o artigo 4º, da Lei 4.886/65, de exercer a profissão de representante comercial: i. aquele que não pode ser comerciante; ii. o falido não reabilitado; iii. o que tenha sido condenado por infração penal de natureza infamante, tais como falsidade, estelionato, apropriação indébita, contrabando, roubo, lenocínio ou os crimes punidos com a perda do cargo público; v. o que estiver com o registro comercial cancelado como penalidade.[42]

1.7.2.3.2 Profissões corporativas que exigem credencial acadêmica de nível técnico[43]

Esse grupo de profissões compreende os técnicos em radiologia e corretores de imóveis. Os técnicos em radiologia, antes denominados "operadores de raio-X", estão disciplinados pela Lei 7.394/85, que fixa como requisitos para ingresso na profissão a conclusão do ensino médio e formação profissional mínima em técnico em radiologia. O §2º do artigo 4º da Lei 7.394/85 exige, como pressuposto para inscrição no curso técnico em radiologia, a conclusão do curso em nível de 2º grau ou equivalente, proibindo, dessa forma, a realização concomitante do curso técnico e da formação escolar de nível médio. O fundamento para essa vedação seria impedir que pessoas com menos de 18 (dezoito) anos viessem a exercer tal profissão, pelo risco que o manuseio de equipamentos de radiologia pode acarretar à saúde.

[42] Essas duas últimas condições negativas serão objeto de análise no capitulo IV, pois podem colidir com o princípio constitucional que veda a aplicação de sanções perpétuas, além de impedir desproporcionalmente a liberdade de profissão. Cf. nota 24.

[43] Consideramos "credenciais acadêmicas de nível técnico" todo título ou certificado de conclusão de curso não-superior, seja o ensino médio, cursos de treinamento, cursos tecnológicos ou cursos técnicos propriamente ditos.

A segunda profissão pertencente a esse grupo é a de corretor de imóveis, disciplinada pela Lei 6.530/78, a qual exerce, de acordo com o artigo 2º, "a intermediação da compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização de imobiliária." O exercício dessa profissão depende da obtenção do título de técnico em transações imobiliárias. A profissão de corretor de imóveis era antes disciplinada na Lei nº 4.116/62, que foi considerada inconstitucional pelo STF, consoante análise ulterior[44], pelo fato de, entre outras razões, a Lei 4.116/62 não exigir nenhum conhecimento especifico, certificado por credencial educacional, para o exercício da atividade profissional.

Pode-se, por fim, alocar nesse grupo as seguintes variantes:[45] técnicos em contabilidade, técnicos em economia doméstica, técnicos em enfermagem, assistentes de enfermagem, parteiras, técnicos agrícolas, técnicos industriais, técnicos em segurança do trabalho e tecnólogos.

1.7.2.3.3 Profissões corporativas que exigem credencial acadêmica de nível superior

O terceiro e maior grupo apresenta a situação clássica em que uma profissão corporativa exige diploma universitário. É o caso típico estudado pela sociologia das profissões, encontrando-se nesse quadro as seguintes profissões: administradores, agrimensores, agrônomos, arquitetos, assistentes sociais, bibliotecários, biólogos, biomédicos, cirurgiões-dentistas, contabilistas, economistas, economistas domésticos, enfermeiros, engenheiros, estatísticos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, geógrafos, geólogos, médicos, médicos veterinários, meteorologistas, museólogos, músicos, nutricionistas, profissionais de educação física, profissionais de relações públicas, psicólogos, terapeutas ocupacionais e zootecnistas.

O requisito básico para ingresso nessas profissões é a posse do diploma de curso universitário, bem como seu registro na entidade corporativa de fiscalização profissional. Esse ato de habilitação pessoal é recognitivo do direito de livre exercício da profissão, que

[44] Cf. Capítulo 5.

[45] Entende-se por "variante técnica" a profissão que exige credencial acadêmica de nível técnico (ou seja, não-superior) e que está submetida a uma profissão que exige credencial superior. Essa submissão se verifica nos seguintes aspectos: ausência de uma corporação própria, limitação das atribuições profissionais, supervisão do profissional de nível superior e restrição da oferta direta ao mercado de trabalho (mediada pelos profissionais superiores). Importante salientar que esse fenômeno de submissão profissional não apenas existe nas relações entre as profissões superiores e suas variantes técnicas como também entre profissões superiores, especialmente na área da saúde, com a prevalência dos médicos sobre quase todos os demais profissionais.

estava interditado ao interessado que não demonstrasse ser portador da qualificação profissional estabelecida pelo legislador.

Em regra, tal ato administrativo de habilitação pessoal é vinculado, porquanto, verificada a validade do diploma, deve ser concedida autorização para o exercício da profissão, que se materializa na expedição da carteira de identificação profissional. Em certos casos, devidamente descritos pelo legislador, também cabe à autoridade de fiscalização profissional examinar se o pretendente não está proibido de exercer a profissão por incidir em alguma hipótese de incompatibilidade (*e.g.*, o exercício da profissão de farmacêutico é incompatível com o da medicina). Como exceção à regra geral, o legislador permitiu, em certas profissões, além da apreciação da capacidade técnica atestada pelo diploma, que se averiguasse a idoneidade moral, o que comporta algum grau de subjetividade por parte da entidade corporativa. Esse é o caso da profissão farmacêutica, que exige, para inscrição no conselho de fiscalização profissional, que o candidato comprove gozar de boa reputação por sua conduta pública, atestada por três farmacêuticos inscritos.[46]

1.7.2.3.4 Profissões corporativas que exigem credencial acadêmica de nível superior e aprovação em exame de aptidão

O quarto grupo é atualmente constituído apenas pelos advogados, sendo exigido do candidato, para o exercício da profissão, além de portar diploma universitário, não exercer atividade incompatível e apresentar idoneidade moral,[47] ser aprovado em exame de aptidão profissional. É a única profissão corporativa que controla o acesso a seu quadro por meio de exame verificador da capacidade individual do candidato para o exercício da profissão, não sendo suficiente o diploma de bacharel em direito.

[46] A Lei nº 3.820/60 prescreve no artigo 15 que, "Para inscrição no quadro de farmacêuticos dos Conselhos Regionais é necessário, além dos requisitos legais da capacidade civil: 1) ser diplomado ou graduado em Farmácia por Instituto de Ensino Oficial ou a este equiparado; 2) estar com seu diploma registrado na repartição sanitária competente; 3) não ser nem estar proibido de exercer a profissão farmacêutica; 4) gozar de boa reputação por sua conduta pública, atestada por 3 (três) farmacêuticos inscritos."

[47] O Estatuto da Advocacia – Lei 8.906/94 reza, no § 3º do artigo 8º, que "A inidoneidade moral, suscitada por qualquer pessoa, deve ser declarada mediante decisão que obtenha no mínimo dois terços dos votos de todos os membros do conselho competente, em procedimento que observe os termos do processo disciplinar". Por sua vez, o § 4º estabelece que "Não atende o requisito da idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial".

1.7.3 Profissões Não-Corporativas

Por exclusão, todas as demais profissões analisadas fazem parte do grupo das "não-corporativas", ou seja, aquelas que não possuem capacidade de auto-regulação profissional, por meio de uma entidade composta pelos membros da profissão, estando submetidas integralmente à hetero-regulação determinada pelo Estado, quais sejam:

i. Aeronautas (comissários) (Lei 7.183/64);
ii. Aeronautas (pilotos e mecânicos) (Lei 7.183/64 e Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica nº 61);
iii. Agenciadores de Propaganda (Lei 4.680/65);
iv. Arquivistas (Lei 6.546/78, Decreto 82.590);
v. Agentes Comunitários de Saúde (Lei 11.350/06);
vi. Agentes de Combate às Endemias (Lei 11.350/06);
vii. Artistas (Lei 6.533/78 e Decreto 82.385/78);
viii. Atuários (Decreto-lei 806/69 e Decreto 66.408/70);
ix. Carregadores e Transportadores de Bagagens (Lei 4.637/65);
x. Corretores de Seguros (Lei 4.594/64 e Decreto 56.903/65);
xi. Despachantes Aduaneiros (Decreto 646/92);
xii. Enólogos (Lei 11.476/07);
xiii. Guias de Turismo (Lei 8.623/93, Decreto 946/93);
xiv. Guardadores e Lavadores de Veículos (Lei 6.242/75 e Decreto 79.797/77);
xv. Jornalistas (Decreto-lei 972/69 e Decreto 83.284/79);
xvi. Leiloeiros (Decreto-lei 21.931/32);
xvii. Leiloeiros Rurais (Lei 4.021/61);
xviii. Mães Sociais (Lei 7.644/87);
xix. Massagistas (Lei 3.968/81);
xx. Orientadores Educacionais (Lei 5.564/68 e Decreto 72.846/73);
xxi. Pescadores (Decreto-lei 221/67);
xxii. Portuários (Decreto 56.627/65);
xxiii. Professores (Decreto 86.324/81);
xxiv. Professores de Língua Estrangeira (Decreto 86.324/81);
xxv. Publicitários (Lei 4.680/65);
xxvi. Radialistas;
xxvii. Secretários Executivos;
xxviii. Sociólogos (Lei 6.888/80 e Decreto 89.534/84);
xxix. Técnicos Agrícolas;
xxx. Técnicos de Arquivo (Lei 6.546/78, Decreto 82.590);
xxxi. Técnicos em Enologia (Lei 11.476/07);
xxxii. Técnicos Industriais;
xxxiii. Técnicos em Espetáculos e Diversões (Lei 6.533/78 e Decreto 82.385/78);
xxxiv. Técnicos em Secretariado;
xxxv. Tradutores Públicos (Lei 13.609/43);
xxxvi. Transportadores Autônomos Rodoviários de Bens (Lei 7.290/84);
xxxvii. Vigilantes (Lei 7.102/83).

Essas profissões, assim como as corporativas, apresentam diversos graus de restrição a seu acesso e exercício, sendo possível subdividi-las em quatro grupos, além de

um grupo especial definido pela própria natureza das profissões (consideradas "ofícios públicos").

1.7.3.1 Profissões Não-Corporativas que não Exigem Credencial Acadêmica nem Exame de Aptidão

A profissão regulamentada de guardadores e lavadores de veículos é a que possui mínimas restrições a seu exercício, ao lado da de guardador e carregador de bagagens,[48] pescador e transportador autônomo rodoviário de bens.[49] Não exigem qualquer credencial educacional,[50] bastando o interessado comprovar sua idoneidade por meio de certidões negativas de processos criminais, para inscrever-se no registro profissional adrede criado.[51]

Trata-se de regulação profissional inócua, que tem por finalidade apenas a expedição de um crachá de identificação[52] do cidadão que exerce determinado trabalho (em alguns casos, trabalho precário, como é o caso do guardador e lavador de carros, que trabalha nas vias públicas). Esse tipo de intervenção do legislador pode ser explicado pela tradição histórica brasileira de atrelar os direitos sociais de cidadania a uma "identidade profissional".

Em princípio, a regulação profissional busca um "fechamento" do mercado, reservando certa atividade econômica a um grupo social, com base em elementos distintivos e excludentes, como pode ser uma credencial educacional. No entanto, isso não ocorre nos casos citados, o que confirma a falta de utilidade prática da legislação, senão o efeito "simbólico" do reconhecimento de certa identidade profissional. A rigor, trata-se apenas do reconhecimento oficial do nome de uma atividade, sem que haja a vinculação de

---

[48] Esta profissão, curiosamente, exige que o candidato saiba, ao menos, ler e escrever. Esse conhecimento também é exigido (embora não expressamente, mas em virtude das atribuições profissionais) do leiloeiro e do leiloeiro rural.

[49] Porém, para este, há a exigência da propriedade do veículo.

[50] Com base no critério da inexigibilidade de qualquer credencial educacional para o exercício da profissão, poder-se-ia incluir nesse grupo os leiloeiros e leiloeiros rurais, porém, devido a suas peculiaridades, optou-se por analisar melhor os detalhes dessas profissões no grupo especial dos "ofícios públicos", que será examinado adiante. Por ora, sublinhe-se que os leiloeiros e leiloeiros rurais também têm uma importante restrição ao exercício profissional: a necessidade de se prestar fiança.

[51] A constitucionalidade desse requisito para condicionar o acesso às profissões será analisada no capítulo 4.

[52] A Lei 8.623/93, que disciplina a profissão de guia de turismo, no artigo 5º, letra "f", prescreve ser atribuição desse profissional "portar, privativamente, o crachá de Guia de Turismo emitido pela Embratur". Também o Decreto nº 79.797/77, que regulamenta a Lei 6.242/75, disciplinadora da profissão de guardador e lavador de veículos, preceitua que: "Art. 6º Os guardadores e lavadores de veículos automotores deverão possuir Cartão de Identificação fornecido pelo sindicato, cooperativa ou associação, onde houver, para exibição ao usuário e à fiscalização dos órgãos públicos e Sindicatos". Os carregadores e transportadores de bagagem, de acordo com o artigo 11 da Lei 4.637/65, são obrigados a portarem, durante o serviço, a sua identificação pessoal.

um conjunto de funções a um saber profissional específico para realizá-las, como é próprio das profissões.

1.7.3.2 Profissões não-corporativas que exigem apenas exame de aptidão

O segundo grupo é composto pelos massagistas, que também não devem comprovar qualquer nível de educação, mas necessitam de aprovação em exame prático para sua habilitação. A exigência do exame denota a existência de um saber específico (ainda que seja conhecimento prático).

De forma semelhante, as mães sociais precisam passar por um exame psicológico que demonstre sua aptidão para as funções.

1.7.3.3 Profissões não-corporativas que exigem credencial acadêmica de nível técnico

Nesse grupo estão as profissões não-corporativas que exigem credencial acadêmica técnica: professores de língua estrangeira,[53] corretores de seguros[54] e aeronautas (comissários), além de técnicos em espetáculos e diversões (variante técnica dos artistas), técnicos de arquivo (dos arquivistas), técnicos em enologia (dos enólogos) e técnicos em secretariado (dos secretários executivos).

Embora a Lei 8.623/93 não estabeleça qualquer critério para o ingresso na profissão de guia de turismo (o que a enquadraria no grupo anterior das profissões de exigências mínimas), o decreto que a regulamentou (946/93) instituiu a exigência da conclusão de um curso de formação profissional.

Também o agente comunitário de saúde e o agente de combate a endemias necessitam ter concluído, com aproveitamento, um curso introdutório de formação inicial e continuada.[55]

[53] Essa profissão exige que o candidato tenha concluído um curso de idioma estrangeiro e um curso didático.
[54] Essa é uma profissão comercial que, além das credenciais técnicas, exige que o candidato cumpra os requisitos para ser comerciante e preste uma fiança.
[55] Além do certificado de aptidão, a lei exige a conclusão do ensino fundamental.

1.7.3.4 Profissões Não-Corporativas que Exigem Credencial Acadêmica de Nível Técnico e Aprovação em Exame De Aptidão

Em um nível acima das profissões que exigem apenas a credencial técnica estão os vigilantes e os aeronautas (pilotos e mecânicos) que, além do curso, necessitam de aprovação em exames específicos de aptidão[56].

1.7.3.5 Profissões não-corporativas que exigem credencial acadêmica de nível superior

Nesse grupo estão as profissões sem organização corporativa, que exigem diploma universitário: artistas,[57] atuários, jornalistas, orientadores educacionais, publicitários, radialistas e sociólogos.

1.7.3.6 Profissões Qualificadas como Ofícios Públicos

O grupo das profissões qualificadas como ofícios públicos compreende os agentes auxiliares do comércio, dotados de um estatuto especial, que disciplina o acesso e o exercício das atividades profissionais. São eles: leiloeiro e leiloeiro rural, corretor de mercadorias e de navios, tradutor e intérprete comercial.

A regulamentação dessas profissões remonta ao Império,[58] recebendo a qualificação de ofícios públicos, embora sejam atividades privadas comerciais, pelo fato de o legislador ter atribuído força probatória especial às declarações dessa categoria particular de pessoas, porquanto goza de fé pública a certificação extraída dos registros constantes dos livros,mantidos por esses profissionais.

---

[56] Os pilotos são submetidos a exames periódicos, de modo a verificar continuamente a sua aptidão. No caso de pilotos de vôos internacionais, além dos conhecimentos técnicos, é exigida a proficiência na língua inglesa.

[57] O artigo 7º da Lei 6.533/78 estabelece que, para o registro do artista ou técnico em espetáculos e diversões na Delegacia Regional do Trabalho, é necessária, alternativamente, a apresentação de: i. diploma do curso superior de diretor de teatro, coreógrafo, professor de arte dramática, ou outros cursos semelhantes reconhecidos na forma da lei; ii. diploma ou certificados correspondentes às habilitações profissionais de 2º Grau de ator, contra-regra, cenotécnico, sonoplasta, ou outras semelhantes, reconhecidas na forma da lei; ou iii. atestado de capacitação profissional fornecido pelo sindicato representativo das categorias profissionais e, subsidiariamente, pela Federação respectiva.

[58] Decreto nº 417, de 14/6/185, Decreto nº 648, de 10/11/1849, Decreto nº 806, de 26/7/1851, e Decreto nº 2.733, de 1861, e o Código Comercial regulamentavam a profissão de corretor oficial de navios, mercadorias e fundos públicos.

Decreto nº 858, de 10/11/1851 e também Código Comercial - regulamentava os leiloeiros (chamados de agentes de leilões).

Decreto nº 863, de 17/11/1851 – regulamentava a profissão de intérprete do comércio.

Corretores são intermediários neutros, comerciantes de uma categoria especial,[59] que exercem ofícios públicos empresariais, cumprindo importante função na fluidez, organização dos mercados e conclusão de atos comerciais, ao mediar transações econômicas, aproximando as pessoas. De acordo com Fran Martins (2001, p. 124), existem duas espécies de corretores, os *livres* e os *oficiais*. Corretores livres são as pessoas que, tendo capacidade jurídica, "procuram servir de intermediárias entre vendedores e compradores, aproximando-os e facilitando a realização de negócios", ao passo que corretores oficiais são "pessoas que exercem, segundo os preceitos da lei, a função de mercadores, devendo, inclusive, determinadas operações comerciais ser realizadas sempre por seu intermédio". A rigor, a diferença entre o corretor oficial e o livre encontra-se no privilégio legal sobre certos atos de intermediação, que somente o primeiro pode efetuar e, sobretudo, na função pública que lhe foi delegada, de produzir certificações dotadas de fé pública.

Os despachantes aduaneiros aproximam-se da definição de corretores livres, pois, embora sua participação no processo de importação ou exportação não seja indispensável, a especialização nos procedimentos da burocracia alfandegária torna seus serviços muito procurados pelos interessados. Outrora classificada como "ofício público", sujeita à restrição do *numerus clausus*, hoje essa profissão é reconhecida como privada (embora, de certa forma, auxiliar das autoridades aduaneiras), e de exercício livre, bastando que o interessado tenha concluído o ensino médio[60] e cumprido estágio profissional de dois anos, como "ajudante de despachante aduaneiro".

Atualmente, apenas remanescem como profissões de exercício pessoal os corretores oficiais de navios e mercadorias,[61] pois os corretores de fundos públicos foram substituídos

---

[59] Para evitar conflitos de interesses, é incompatível com a profissão de corretor o comércio em geral, isto é, somente lhe são permitidos os atos de comércios inerentes à sua profissão.

[60] O decreto 646/92 define os requisitos para habilitação como ajudante de despachante aduaneiro, conforme a delegação de competência do Legislativo para o Executivo, contida no §3º do art. 5º do Decreto-lei 2.472/88. Há quem sustente, no entanto, a inconstitucionalidade daquele decreto em face do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que revoga as delegações ao Poder Executivo de competência legislativa.

[61] Segundo Fran Martins, os *corretores de navios* "têm por atribuições intervir nos fretamentos, cotações e engajamentos de cargas, agenciar seguros marítimos e outros negócios concernentes à entrada, desembaraço e saídas das embarcações nas repartições competentes, traduzir manifestos e outros documentos, tais como as listas sobressalentes e certidões consulares, e diligenciar para a arqueação de navios" (2001, p. 125). Suas funções estão disciplinadas pelo Decreto nº 19.009, de 27 de novembro de 1929, com as modificações feitas pelo Decreto n. 54.956, de 6 de novembro de 1964. Já os *corretores de mercadorias* "têm como atribuições a compra e a venda de mercadorias negociadas nas Bolsas, a fixação das lotações dos preços das mesmas e a sua classificação e avaliação para emissão de *Warrants* ou bilhetes de mercadorias. Também se encarregarão os corretores de mercadorias, à escolha dos

pelas sociedades corretoras, consoante disciplina imposta pela Lei 4.728/65 (Lei de mercado de capitais).

Os leiloeiros, também chamados de agentes de leilões, têm por atribuição realizar vendas, mediante oferta pública, de mercadorias que lhes são confiadas para esse fim. A profissão está regulada pelo Decreto nº 21981/32. A Lei nº 4021/61 criou a profissão de leiloeiro rural com competência privativa de vender, em público pregão, produtos agrícolas, veículos, máquinas, utensílios e outros bens pertencentes aos profissionais da agricultura.

O acesso às profissões de leiloeiro e corretores oficiais demanda matrícula na Junta Comercial[62]. Não se reclama, porém, nenhuma credencial educacional específica, mas tão-somente que o candidato tenha nacionalidade brasileira, idade mínima, idoneidade comprovada por certidões de antecedentes criminais e preste fiança, que servirá para garantir o bom desempenho da atividade. Não podem exercer essa atividade os impedidos de ser comerciantes e os falidos não reabilitados.

A profissão de tradutor e intérprete comercial, regulada pelo Decreto 13.609/43, é também qualificada como ofício público, e seu exercício depende da aprovação em concurso de provas, em que se avalia o domínio do idioma estrangeiro do pretendente à função. Exige-se, ainda, idade mínima de 21 anos, não ser negociante falido inabilitado, qualidade de cidadão brasileiro nato ou naturalizado e não estar sendo processado nem ter sido condenado por crime cuja pena importe em demissão de cargo público.

Desde quando regulamentadas no Império, o ingresso nas profissões de leiloeiro, corretor de mercadorias e de navios e tradutor e intérprete esteve sujeito ao sistema de *numerus clausus*, regulador da concorrência, pois o número de vagas era fixado pela Junta Comercial[63] (artigo 10, inciso III, Lei nº 4726/65 – artigo 29 Decreto 13.609/43 – art. 5º Decreto nº 21.981/32).

Contudo, o sistema de *numerus clausus* e, por conseguinte, o privilégio da concorrência limitada não são compatíveis com o princípio constitucional da liberdade de

---

interessados, das vendas públicas realizadas nas salas anexas aos armazéns gerais [...]" (*Ibidem*, p. 125). O Decreto nº 20.881, de 30/12/1931, regula a profissão de corretor de mercadorias.

[62] Fran Martins (2001, p. 126) sustenta que foi abolida a matrícula dos corretores de mercadorias e navios na Junta Comercial, pois a Lei 8.934/94, no artigo 32, bem como o Decreto 1.800/96 não exigem mais esse tipo de registro.

[63] A Deliberação JUCESP – Junta Comercial do Estado de São Paulo nº 09/87, em seu artigo 1º, preceituava que: "Fica ratificado o número de leiloeiros oficiais existentes no Estado São Paulo em 134, consoante foi fixado pela Deliberação Jucesp 6/85".

profissão e o da livre concorrência, que regem as atividades privadas[64] comerciais, sob a égide da Constituição de 1988 (muito provavelmente também nas ordens constitucionais pretéritas).

Não há fundamento constitucional para o sistema de acesso restrito a essas atividades privadas comerciais, por se tratar de privilégio sem justificativa plausível, que contrasta com o princípio do livre exercício de profissão, garantido constitucionalmente., Essa liberdade somente pode ser interditada caso sejam necessárias qualificações profissionais para o exercício da atividade, conforme o teor do artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988. Nos textos constitucionais pretéritos, aludia-se a "condições de capacidade", que a doutrina e a jurisprudência entendiam como requisitos subjetivos, relacionados à pessoa do candidato à profissão, e destinados a averiguar-lhes a aptidão técnica para tanto.

Salvo a profissão de tradutor e intérprete, que estava sujeita à prova de capacitação técnica, as outras profissões envolviam apenas requisições elementares, a fim de examinar a idoneidade moral da pessoa, bem como a inexistência de impedimentos para a vida comercial. Portanto, o sistema de *numerus clausus* visava somente à contenção da concorrência, cerceando a liberdade de profissão.

Tampouco cabe o argumento de que, por se tratar de ofícios públicos, poderia o Estado conter a liberdade de trabalho e a livre concorrência, pelo fato de haver delegação de prerrogativa pública a essas categorias especiais de comerciantes, visto que as certidões extraídas dos livros tinham fé pública. Tal prerrogativa, por si só, não é bastante para excepcionar o princípio *pro libertate;* a proteção contra o potencial abuso dessa função pública pode ser alcançada por outros meios menos onerosos às liberdades fundamentais (disciplina estrita da escrituração dos livros, sanções penais e fiança para garantir danos a terceiros, medidas inclusive impostas pelo legislador). Isso evidencia a desproporcionalidade da restrição, que estabelece um número máximo de profissionais em atividades comerciais privadas.

Esse mecanismo limitador da concorrência em tais atividades sobreviveu por mais de cem anos, sem que houvesse censura na doutrina que impugnasse sua constitucionalidade. Porém, as Juntas Comerciais deixaram de estabelecer o número

[64] Examinando acerca da natureza jurídica dos corretores oficiais, Bandeira de Mello (1968, p. 178) afirma que "XI- Os corretores oficiais são comerciantes, pois, são pessoas capazes, que exercem, em nome próprio com intuito de lucro, o ato de comércio da corretagem.
XII- Os corretores oficiais não são agentes públicos, pois não agem em nome e no interesse do Estado, como seus prepostos e sim agem em nome próprio e no seu interesse".

máximo desses profissionais. A Lei nº 8.934/94 não contemplou explicitamente a competência das juntas para restringir o número de leiloeiros, intérpretes e corretores de mercadorias, como anteriormente fazia o artigo 10, inciso III, da Lei 4726/65; ela apenas admitiu a competência para a matrícula desses profissionais do comércio (artigo 1º, inciso III, Lei 8.934/94), o que levou o DNRC – Departamento Nacional do Registro do Comércio – a concluir pela revogação dessa competência, bem como pela não recepção, pela Constituição de 1988, do sistema do *numerus clausus* em tais profissões[65].

Tampouco cabe qualquer analogia entre essa categoria especial de comerciantes (leiloeiro, corretor oficial, tradutor e intérprete), que exercem ofícios públicos, e os notários e registradores disciplinados pela Lei 8.935/94, também sujeitos a um número limitado de vagas. Os serviços de notários e registradores são atividades estatais subordinadas ao regime de direito público,[66] nos termos do artigo 236 da CF, o que

[65] O parecer jurídico 125/00 da Coordenação Jurídica do DNCR – Departamento Nacional de Registro do Comércio –, respondendo à consulta da Junta Comercial de São Paulo, concluiu pela ausência de competência da Junta Comercial para fixar o número máximo de leiloeiros, possuindo a seguinte ementa: "LEILOEIRO – FIXAÇÃO DE NÚMERO DE VAGAS E REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA O PREENCHIMENTO DE VAGAS – INADIMISSIBILIDADE – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: A Junta Comercial não tem competência para realizar concurso público, ou outros procedimentos, para o exercício da profissão de leiloeiro, em face da inexistência de legislação que permita fazê-lo, restringindo-se tão somente, à matrícula e seu cancelamento (artigo 32 da Lei 8.934/94)." A Instrução Normativa 83, de 7 de janeiro de 1999, que dispõe sobre a matrícula do Leiloeiro, não prevê também a competência da Junta para realização de concursos ou limitação do número de vagas, mas tão-somente para verificação dos outros critérios previstos na lei (idade, idoneidade, impedimentos e fiança). A Instrução Normativa 84, de 25 de fevereiro de 2000, do DNCR, regula a matrícula do Tradutor e Intérprete, prescrevendo no artigo 6º que os provimentos dos ofícios, por portaria do Presidente da Junta Comercial, dar-se-ão com a nomeação de todos os candidatos aprovados, isto é, os que obtiveram aproveitamento médio igual ou superior a sete na prova escrita e oral a que devem submeter-se para avaliação do domínio do idioma estrangeiro.

[66] Sobre o caráter estatal da atividade notarial e registradora, o STF já se manifestou reiteradamente, afirmando: "Regime jurídico dos serviços notariais e de registro: a) trata-se de atividades jurídicas próprias do Estado, e não simplesmente de atividades materiais, cuja prestação é traspassada para os particulares mediante delegação. Traspassada, não por conduto dos mecanismos da concessão ou da permissão, normados pelo caput do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos; b) a delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais; c) a sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma empresa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público; d) para se tornar delegatária do Poder Público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos, não por adjudicação em processo licitatório, regrado pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público; e) são atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Por órgãos do Poder Judiciário é que se marca a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às relações inter-partes, com esta conhecida diferença: o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das serventias extra-forenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito; f) as atividades notariais e de registro não se inscrevem no âmbito das remuneráveis por tarifa ou preço público, mas no círculo das que se pautam

legitima o privilégio do *numerus clausus*, bem como a restrição da liberdade de profissão na espécie; já as atividades econômicas de leiloeiro, corretor oficial e tradutor e intérprete são privadas comerciais, razão por que deve prevalecer, por ser natural a tal seara, a liberdade de profissão e concorrência.

Embora tais serviços sejam exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público, conforme determina o artigo 236 da CF, isso não altera a natureza da atividade, que é própria do Estado. Aliás, o STF já decidiu que "notários e registradores não podem enquadrar-se no conceito de profissionais liberais, a teor dos arts. 3º, 27 e 28 da Lei nº 8.906/94" (Adin nº 1782-8 – DF, DJ 3.2.2006), ressaltando o Ministro Sepúlveda Pertence que

> notários e registradores no Brasil, podem ser tudo, menos enquadrar-se no conceito de profissionais liberais, que tem como pressuposto básico a inexistência de um número definido e fechado de profissionais em determinada atividade, como a eles garante o nosso sistema feudal de cartórios.

Enfim, o sistema de número máximo de praticantes é inconciliável com um regime de liberdade geral de atuação das profissões privadas (liberais ou comerciais), mormente quando o privilégio é desprovido de justificativas, como era o contingenciamento das profissões de leiloeiro, corretor de navios e mercadorias e tradutor e intérprete comercial.

1.8 PROFISSÃO: UMA DEFINIÇÃO CONTROVERTIDA?

O caleidoscópio legal, em que o termo profissão encontra-se envolvido, mostra o embaraço que o uso desse termo provoca no universo jurídico e social. Conforme se pode inferir da classificação supramencionada, a regulação profissional existente está estruturada basicamente no critério da exigência de uma credencial educacional. Ou seja, a construção jurídica de uma profissão ocorre por meio da vinculação do exercício de uma atividade econômica especializada (ocupação) a um saber certificado por uma instituição de ensino superior. Embora não seja o único elemento da definição, há preponderância desse fator, pois quase sempre é possível constatar a equação entre qualificação profissional e título acadêmico.

Contudo, profissão não se resume à atividade que demanda formação de nível superior, porquanto esse conceito normalmente está também relacionado à capacidade especial de auto-regulação e ao controle de espaços reservados no mercado de trabalho -- ou seja, ao poder de demarcar jurisdições exclusivas a um monopólio ocupacional. Em muitas atividades, o monopólio de oportunidades econômicas por um grupo ocupacional

---

por uma tabela de emolumentos, jungidos estes a normas gerais que se editam por lei necessariamente federal." (Adin – MC – QO 3707/PI – relator Ministro Carlos Brito – DJ 30/6/2006)

não está atrelado a um determinado tipo de conhecimento produzido nas universidades, como se verifica com os corretores. Ou seja, a formação superior é dado importante na construção de uma profissão, pelo caráter técnico-científico que pode ser atribuído ao saber profissional, mas não é excludente de outras dinâmicas sociais e políticas de obtenção de espaços laborais privativos.

Esse privilégio de cercar um segmento do mercado de trabalho e reivindicá-lo para si somente ocorre com o apoio do Estado às pretensões de grupos sociais específicos de trabalhadores, apresentando-se mais resistente quando a profissão possui arcabouço institucional voltado para manutenção e defesa da jurisdição profissional. Nessa estratégia inclui-se o domínio sobre uma base cognitiva, derivada de conhecimento abstrato produzido em instituições de ensino, conforme evidencia a análise sociológica das profissões.

Como uma ocupação – trabalho especializado inserido no mercado de trocas – consegue converter-se em profissão regulamentada corporativamente? Como se dá a ascensão de uma ocupação, alcançando o status de profissão -- isto é, qual seria a trajetória social e política para a profissionalização de uma ocupação? São as profissões regulamentadas corporativamente todas iguais, ou elas se distinguem, consoante o tipo de conhecimento institucionalizado em sua prática profissional? Essas são perguntas clássicas a que os sociólogos das profissões têm procurado responder, conforme exposto no capítulo seguinte.

2 ABORDAGENS SOCIOLÓGICAS DAS PROFISSÕES

2.1 INTRODUÇÃO

A literatura sociológica, sobretudo a americana, desenvolveu no século XX um campo de pesquisa denominado "sociologia das profissões", cujo objeto de investigação tem sido compreender e explicar *o que é uma profissão,* ou seja: o que a distingue de outras ocupações definidas no quadro da divisão do trabalho? *Como é que uma ocupação se transforma em profissão? Qual a função social das profissões?*

Neste capítulo, pretende-se fazer uma revisão de como as profissões têm sido tratadas pela sociologia, a fim de colher subsídios que auxiliem no exame dos conflitos judiciais, envolvendo a liberdade de profissão e a instituição da entidade corporativa como autoridade auto-reguladora da atividade econômica no campo dos serviços profissionais, além de ensaiar um possível diálogo e reflexão interdisciplinar sobre o fenômeno profissional.

A análise dos paradigmas sociológicos foi realizada sem a pretensão de exaurir as diversas correntes e opiniões de autores que trataram desse tema na sociologia das profissões. Buscou-se, sim, evidenciar a existência de diferentes olhares a respeito do que seja o profissionalismo e, principalmente, do papel do credencialismo na institucionalização das profissões e na organização do mercado. Note-se que esse tema é recorrente no debate judicial sobre os critérios de qualificação possíveis de serem criados pelo legislador para obstar a liberdade de exercício de trabalho, ofício e profissão. O capítulo está estruturado da seguinte forma: i. as profissões no pensamento sociológico clássico; ii. o paradigma estrutural-funcionalista; iii. a crítica às profissões, lançada pela corrente revisionista da *new power literature*; iv. a concepção do profissionalismo como uma terceira lógica de organização do mercado de serviços e trabalho, desenvolvida por Freidson. Ao fim, faz-se uma síntese de questões que podem ajudar no trabalho jurídico de compreensão dos conflitos judiciais, o qual tem por objeto a constituição das profissões e das entidades corporativas de auto-regulação profissional.

2.2 AS PROFISSÕES NO PENSAMENTO SOCIOLÓGICO CLÁSSICO

O tema das profissões e das associações de profissões[67] surge com maior destaque na obra de Durkheim (2004), no prefácio acrescentado por ele à segunda edição de *Da*

[67] O termo "profissões" foi empregado por Durkheim sem grande precisão, como sinônimo de ocupação (qualquer tipo trabalho), e não com o objetivo de identificar algum grupo específico de ocupação.

Divisão Social do Trabalho. Preocupado com a anomia[68] e a profunda desregulamentação das relações econômicas geradoras de conflitos, que punham em risco a coesão social, Durkheim procura resgatar o papel dos agrupamentos profissionais, como força instituidora de uma moral profissional capaz de regular a vida econômica.

A coesão social era um fenômeno moral que Durkheim fundamentava em dois tipos de solidariedade: a mecânica e a orgânica. A primeira era própria de sociedades homogêneas, que se identificavam com a família, o clã, a parentela. Nesse tipo de sociedade, a coesão se baseava na absorção do indivíduo pelo todo, isto é, num "sistema de sistemashomogêneos e semelhantes entre si", no qual predominava a unidade (2004, p. 165).

Contudo, esse modelo de organização social, mecânica e uniforme, foi gradativamente substituído por outro, em que a integração à vida comunal se funda na diversidade de funções exercidas por cada indivíduo que, especializado naquilo em que é mais capaz, distingue-se dentro do todo. Essa organização social, embasada na repartição de funções e na interação de cada um com a divisão do trabalho social, produz uma solidariedade própria, que não se confunde com um mero agregado mecânico[69]: a chamada solidariedade orgânica, caracterizada pela diversidade de talentos que encontram livre espaço numa divisão de trabalho cada vez mais avançada, propiciadora de um tipo especial de solidariedade que permite, ao mesmo tempo, a distinção e a integração socialTal divisão costuma propiciar um tipo especial de solidariedade

Embora veja a divisão do trabalho social como fonte de solidariedade orgânica, Durkheim reconhece que forças anormais podem convertê-la em fator de anomia. Propõe

---

Assim, no grupo profissional ou corporação, estariam incluídos não somente os trabalhadores em geral de determinado ramo, como também os empregadores. Como explica Freidson (2001, p. 53): "There has been much misunderstanding of Durkheim's position, some stemming from confusing one particular usage of the word 'profession' that is shared by both French and English – the general sense referring to *any* sort of occupation – with another that is more limited to English usage – the specific sense that refers solely to *particular* prestigious occupations distinguished by the intellectual or artistic character of what is done, or by their social standing. Durkheim clearly had only occupation in general in mind and not solely what, in French, are sometimes called *profesions libérales"*.

[68] Para Durkheim, o conceito de anomia, o enfraquecimento das normas e vínculos sociais, teria um duplo sentido, explicado por Tiryakian da seguinte forma: "Em uma perspectiva macrossociológica, a anomia é uma condição anormal de desregramento que torna precária a vida em comum, por exemplo, em razão da falta de confiança no outro, ou então por causa da luta de classes ou da guerra civil. Em uma perspectiva microssociológica, o trabalho e a solidariedade orgânica podem perder o seu sentido e, em vez de ampliar o horizonte do homem, o trabalho é suscetível de levar ao aviltamento da natureza humana." (2005, p. 222).

[69] Durkheim busca refutar os utilitaristas e economistas que vêem a divisão de trabalho como resultado de trocas econômicas, argumentando que "se a divisão do trabalho produz solidariedade não é apenas porque ela faz de cada indivíduo um 'trocador' [...]; é porque ela cria entre os homens todo um sistema de direitos e deveres que os ligam uns com os outros de maneira duradoura", razão por que conclui que a "divisão do trabalho não põe em presença indivíduos, mas funções sociais" (2004, p. 429-430).

ele, como meio de enfrentar a desintegração social, a restauração de corpos intermediários na figura dos grupos profissionais, isto é, "todos os agentes de uma mesma indústria reunidos e organizados num mesmo corpo" (2004, p. xi), como força reguladora da liberdade econômica, complementar ao Estado. Segundo Durkheim, "a atividade de uma profissão só pode ser regulamentada eficazmente por um grupo próximo dessa mesma profissão para conhecer bem seu funcionamento, para sentir bem todas as suas necessidades e poder seguir todas as variações destas" (2004, p. x-xi).

Durkheim constata que, naquilo que ele denomina de profissões econômicas (indústria e comércio), não havia nenhuma autoridade superior que disciplinasse as relações econômicas, desenvolvendo-se tais atividades num agregado confuso e sem unidade. Dando como exemplo a profissão de advogado, que possuía uma corporação responsável pela instituição da moral profissional, capaz de conter o egoísmo econômico e disciplinar o exercício da atividade, postula a restauração da corporação como "poder moral capaz de conter os egoísmos individuais, de manter no coração dos trabalhadores um sentimento mais vivo de solidariedade comum, de impedir que a lei do mais forte se aplique de maneira tão brutal nas relações comerciais e industriais" (2004, p. xvi).

Não obstante banidas pela Revolução Francesa, Durkheim argumenta que as corporações não eram apenas um produto puro e simples do mundo medieval ou do *ancien régime*, mas uma instituição que possuía raízes em instituições romanas. Se, em certo momento histórico, tais instituições deixaram de cumprir adequadamente seu papel social e econômico, não se justificava sua supressão completa e proibição, mas sua reforma e adaptação.

Quando propugna pela restauração desses grupos profissionais, sublinha ele que não se trata de ressuscitar as instituições, tal como existiram antes da revolução. Seria necessário ajustá-las às necessidades do mundo moderno. Entre as mudanças indispensáveis, Durkheim argumenta que o âmbito de atuação das corporações não poderia ser apenas comunal, como outrora, mas devia se expandir para alcançar toda a extensão do mercado nacional, quiçá internacional, reunindo todos os membros da profissão (2004, p. xxxii).

Conquanto diga que as corporações não sejam panacéia para todos os males, além da regulação da atividade econômica profissional, Durkheim lhes atribui funções assistenciais e educativas, pois "uma nação só se pode manter se, entre o Estado e os particulares, se intercalar toda uma série de grupos secundários bastante próximos dos indivíduos para atraí-los fortemente em sua esfera de ação" (2004, p. xxxvii).

Não somente Durkheim, entre os clássicos do pensamento sociológico, postula um papel superior para as profissões, como meio de superar conflitos próprios do sistema capitalista. Também Tawney (1979) vê, no modelo de organização das profissões, um modo de reorganizar a indústria, a fim de vinculá-la ao cumprimento de função, isto é, a outros objetivos que não sejam exclusivamente a acumulação de riqueza para os proprietários do capital.

Tawney define profissão como uma atividade que, apesar de imperfeita, persegue um fim que não seja exclusivamente a retribuição econômica. Não seriam os profissionais um agregado de indivíduos preocupados apenas em ganhar a vida ou com o próprio interesse econômico, embora tal objetivo não seja desprezado. No desenvolvimento de sua atividade, os profissionais estão submetidos a regras que garantem tanto a qualidade do serviço que prestam como os interesses da comunidade. Cumprem, dessa forma, uma função social ao perseguir objetivos diversos do próprio interesse. Embora reconheça que essa descrição da profissão talvez não corresponda a algumas situações concretas da realidade, Tawney argumenta tratar-se de falha que deve ser corrigida, e não é derrogatória da idéia de que o profissional seja movido por outras motivações além da econômica.

Em contraste com o modelo profissional, Tawney sublinha que a indústria se organiza numa lógica completamente diversa, em que predomina a busca de interesses econômicos dos acionistas[70]. Como meio de "corrigir" esse modo de organizar a atividade econômica, defende a nacionalização da indústria e sua conversão em profissão. Para tanto, haveria a necessidade de dissociação entre propriedade do capital e papel de administradores da indústria. Esses, com base nos princípios do profissionalismo, exerceriam uma autoridade funcionalmente vinculada ao cumprimento de objetivos que não fossem simplesmente a acumulação de riqueza, conforme tem ocorrido na *acquisitive society*, criticada por Tawney.

Embora a importância das profissões seja realçada na obra dos sociólogos clássicos, não há uma clara delimitação do campo empírico de referência -- isto é, o que se entende por profissões e quais são elas. Como explica Santoro (1988), Spencer tinha um conceito

[70] Sobre a diferença entre indústria e profissão, expõe Tawney (1979, p. 49) que: "La differenza fra l'industria qual è al giorno d' oggi e la professione è quindi semplice e inequivocabile. La prima è organizzata per la protezione dei *diritti*, principalmente diritti di conseguire un guadagno pecuniario. La seconda è organizzata, senza dubbio imperfetamente e nondimeno shciettamente, per l'adempimento di *doveri*. Il critério essenziali a cui si inspira la prima è quello del ripagamento che offre agli azionisti . L'elemento fondamentale della seconda è che mentre gli uomini si dedicano alla professione per guadagnarsi da vivere, la misura del loro sucesso dipende dal servizio che prestano, non dai guadagni che ammucchiano."

de profissões mais amplo que o de Tawney na abrangência concreta das ocupações referidas, enquanto Durkheim fazia alusão mais ao fenômeno corporativo que a categorias concretas.

De fato, esse não era um problema ou uma "questão teórica" na obra desses autores. Eles fizeram uso do impreciso conceito de profissão com fins mais normativos[71] que descritivos de uma realidade social. Estavam comprometidos, como reformadores sociais, a corrigir o excesso de individualismo econômico e amortizar as tensões provocadas pelo conflito de classes, vendo nas profissões um oásis ainda não tocado pela lógica do mercado como força capaz de submeter o incontrolável individualismo do *laissez-faire* aos interesses sociais da comunidade. Disso procede a pretensão de converter o mundo dos negócios à lógica desinteressada das profissões.

Segundo a crítica de Tousijn (1979), esses reformadores sociais seriam "as primeiras vítimas da ideologia profissionalismo"[72], além de terem tratado as profissões de forma a-histórica, excluindo-as do processo de desenvolvimento capitalista. Ou seja, "não teriam compreendido o papel desempenhado pelas profissões naquela particular fase do desenvolvimento capitalista, a partir das relações de classe existentes naquele momento histórico" (1979, p. 9) (tradução nossa).

2.3 AS PROFISSÕES NO PARADIGMA FUNCIONALISTA

Não obstante a relevância atribuída às profissões na análise de autores clássicos, foram os sociólogos americanos, na primeira metade do século XX, identificados com o paradigma funcionalista, que promoveram as reflexões de maior importância sobre o fenômeno social da emergência das profissões, ao procurar desvendar quais os atributos e características que as singularizam como categoria ocupacional distinta das demais, constituindo, desta forma, um subdomínio específico do saber sociológico, chamado de

[71] Sobre o uso normativo do conceito de profissão por esses primeiros, Chapoulie (1973, p. 90) observa que: "Si les origines de l'intérêt pour ces problèmes semblent diverses, on peut toutefois remarquer que ces premiers théoriciens des professions passaient tous, à leur époque, pour des réformateurs sociaux: préouccupés par la moralisation de la vie professionnelle, ils mettaient l'accent sur l'intégration éthique qu'entraînerait (ou devrait entraîner) tel ou tel type d'institutionnalisation de la division du travail, propre à limiter ou à faire disparaître les conflits de classe."

[72] Tousijn, referindo-se a um conceito de Chapoulie (1973, p. 89), define a "ideologia do profissionalismo" como o conjunto de "rappresentazioni sociali che giustificano il monopolio delle profissioni costituite su una sfera di attività come condizione della competenza tecnica e del rispetto di regole morali nell'esercizio delle attività come condizione della competenza tecnica e del rispetto di regole morali nell'esercizio delle attività presentate come al servizio dell''interesse generale' (e non dell'interesse individuale del professionista)" (1979, p. 9).

sociologia das profissões[73]. A maior empreitada do paradigma funcionalista circunscrever-se-ia na tentativa de desenvolver conceitualmente um tipo ou modelo ideal de profissão que permitisse o enquadramento teórico das realidades concretas.

Os trabalhos pioneiros na abordagem funcionalista são creditados a Talcon Parsons (1968), em textos nos quais se discute o papel social das profissões (sobretudo as dos médicos e advogados). Embora não seja o tema central de seus estudos, Parsons foi um dos primeiros que analisou de forma sistematizada a gênese e a relevância dos grupos profissionais na sociedade moderna, subscrevendo a visão otimista esboçada por pensadores clássicos, ao ressaltar tanto a importânciacomo a dependência da sociedade industrial no funcionamento das profissões. Parsons destaca também a singularidade das profissões, quando relacionadas a empresários, trabalhadores ou funcionários públicos (1968, p. 536)[74].

Para compreender melhor a diferença entre profissionais, capitalistas e burocratas, Parsons analisa o suposto contraste entre o mundo dos negócios (*business*) e as profissões, sobretudo quanto ao ideário de desinteresse dos profissionais, que não seriam motivados pela busca do próprio interesse − isto é, de vantagens econômicas (como homens de negócios) −, mas pela prestação de bons serviços, a saber, a dicotomia egoísmo *versus* altruísmo (1939, p. 458). De acordo com ele, não há diferença de motivação[75] entre ações do profissional e do homem de negócios, pois ambos perseguem o êxito, bem como se

[73] Segundo Dubar (2005, p, 170), não há uma relação direta entre o desenvolvimento da sociologia das profissões nos EUA e o pensamento sociológico clássico; pelo contrário, a sociologia das profissões seria resultado de "uma estratégia de profissionalização dos sociólogos, confrontados, por ocasião da grande crise de 1929, como demandas do governo Hoover para compreender a evolução da sociedade e ajudá-lo [a] definir a política."

[74] Segundo Parsons (1939, p. 467), "The importance of the professions to social structure may be summed up as follows: The professional type is the institutional framework in which many of our most important social functions are carried on, notably the pursuit science and liberal learning its practical application in medicine, technology, law and teaching. This depends on an institutional structure the maintenance of which is not an automatic consequence of belief in the importance of the functions as such, but involves a complex balance of diverse social forces. Certain features of this pattern are peculiar to Professional activities, but others, and not the least important ones, are shared by this field with the other most important branches of our occupational structure, notably business and bureaucratic administration." Em outro trabalho, Parsons (1968, p. 545), mais explicitamente, sugeriu que "It is my view that the Professional complex, though obviously still incomplete in its development, has already become the most important single component in the structure of modern societies. It has displaced first the 'state', in the relatively early modern sense of that term, and, more recently, the 'capitalistic' organization of the economy. The massive emergence of the Professional complex, not the special status of capitalistic or socialistic modes of organization, is the crucial structural development in twentieth-century society."

[75] Elliot (1975, p. 21) relata que, nessa questão, Parsons mudou de opinião, pois, dois anos antes, no trabalho Remarks on Education and the Professions, *International Journal of Ethics,* 47, 1937, p. 365, "había defendido que las actividades profesionales y comerciales eran opuestas y que '...el fomento de las profesiones es uno de los caminos más efectivos para promocionar el desinterés en la sociedad contemporánea...'".

enquadram perfeitamente nas variáveis de configuração (*pattern variables*) que ele desenvolveu para análise dos papéis dentro do sistema social: racionalidade e universalidade, competência funcionalmente específica e neutralidade afetiva.

Se a busca do êxito é um objetivo que motiva tanto o profissional quanto o homem de negócios e se, dentro do conceito de êxito, incluem-se as recompensas econômicas, o que distingue um do outro é o caminho para chegar a tal sucesso e as diferenças de situações ocupacionais (PARSONS, 1939, p. 464). O agir profissional, embora racionalmente orientado pela busca do sucesso, está condicionado a um referencial normativo que estabelece a preferência por recompensas simbólicas (prestígio, honra, reconhecimento) oferecidas pelos pares, em contraste com recompensas puramente econômicas. Além disso, reprova o comportamento estritamente mercantil, pois o "comercialismo" é visto como insidioso demônio, que precisa ser combatido.

Seria, pois, esse sistema de incentivos (e não a oposição egoísmo *versus* altruísmo), o que melhor explicaria o ideário de orientação para o serviço, que enfatiza o dever de o profissional pôr acima dos interesses pessoais e econômicos o bem-estar do cliente, ou valores impessoais como "saúde", "ciência", "justiça". É essa expectativa de comportamento um fator determinante a governar a conduta do profissional numa situação funcional específica[76].

Em outro estudo, Parsons ressaltou a centralidade do conhecimento técnico-científico na legitimação do papel social do profissional, bem como a importância do "'casamento' entre acadêmicos profissionais e determinadas categorias de 'práticos'" (1968, p. 546) para a influência das profissões, na ordenação da estrutura de estratificação social. O sucesso das profissões derivaria do fato de terem transformado os elementos mais valorizados do sistema cultural moderno (competência técnica e racionalidade científica) em funções específicas, que satisfazem necessidades do sistema social.

Parsons sistematizou e desenvolveu o papel profissional com base no modelo da relação terapêutica (médico/paciente), generalizando-a. Nessa relação assimétrica de poder, o doente é dependente do médico, pois não consegue recuperar a saúde sozinho, ao passo que

[76] Parsons (1939, p. 465) explica que "The conflict is not generally a simple one between the actor's self-interest and his altruistic regard for others or for ideals, but between different components of the normally unified goal of 'success' each of which contains both interested and disinterested motivation elements. If general analysis of the relation of motivation to institutional patterns is correct two important correlatives conclusions follow: On the hand the typical motivation of Professional men is not in the usual sense 'altruistic', nor is that of business men typically 'egoistic'. Indeed there is little basis for maintaining that there is any important broad difference of typical motivation in the two cases, or at least any of sufficient importance to account for the broad differences of socially expected behavior".

o médico é soberano, tanto ao efetuar o diagnóstico como ao prescrever o tratamento. A soberania da autoridade médica (e das profissões em geral) provém do saber profissional, que se articula em dupla competência: de um lado, o saber teórico –certa ciência da doença e suas causas –, fruto da formação teórica prolongada numa instituição de ensino; de outro, o saber prático, fundado na experiência ou na ciência aplicada. Contudo, a autoridade profissional se caracteriza por ser competência funcionalmente específica, isto é, limitada ao domínio legítimo de sua atividade (o profissional somente cuida daquilo que lhe compete).

A confiança depositada pelo paciente no médico baseia-se no conhecimento científico deste e na crença de que o profissional age movido por um ideal de serviço altruístico em favor da sociedade. Essa atuação seria desinteressada e desprendida de interesse pessoal, prevalecendo o "problema humano" específico que se pretende resolver.

A universalidade e a neutralidade afetiva são também traços da relação profissional, ao garantir que condições pessoais do cliente não sejam relevantes na resolução do problema.

Apesar do esforço de Parsons em construir regras para um modelo ideal de profissão, ainda muitas dúvidas e imprecisões surgiram da aplicação concreta dos conceitos à realidade. Por exemplo, à pergunta "quem são os profissionais?", Parsons responde apenas negativamente, informando que "os profissionais não são os 'capitalistas' nem os 'operários', nem os administradores públicos ou 'burocratas'. Certamente não são os camponeses independentes ou membros dos grupos dos pequenos proprietários urbanos" (1968, p. 546). Com tantas categorias de status social, os limites do sistema de grupos que nós chamamos genericamente de profissionais são fluidos e indistintos.

Em busca de fronteiras mais claras para o conceito de profissão, sociólogos de tradição funcionalista desenvolveram critérios que seriam supostamente mais estritos para especificá-lo, num enfoque taxonômico. Para Goode, importante discípulo de Parsons, profissão constitui uma comunidade (*community within a community),* cujos membros partilham a mesma identidade, valores, linguagem e um estatuto adquirido para toda a vida. Também controlam, de alguma forma, o processo de treinamento, seleção e admissão de novos candidatos à profissão, e o modo como a atividade deve ser exercida, ressaltando que "embora não produza a próxima geração biologicamente, ela [a comunidade] o faz socialmente, pelo controle exercido sobre a seleção de professores e pelos processos de treinamento, através do qual socializa seus recrutados" (1957, p. 194).

Goode (1969, p. 276-277) elabora uma lista de atributos ou características próprios de uma profissão, distinguindo-os entre traços centrais e derivados. Seriam traços centrais um corpo abstrato de conhecimento e o ideal de serviço orientado para a coletividade; os traços derivados seriam: controle sobre os padrões de educação, funções de socialização, controle do exercício da profissão por meio de licenças, controle sobre a admissão de novos membros, rendimentos elevados, poder e prestígio e controle interno pelos pares.

Quanto ao conhecimento profissional, Goode (1969, p. 277-278) destaca as seguintes características do conteúdo substancial:

i. conhecimento abstrato, estruturado num conjunto de princípios codificados;

ii. aplicabilidade do conhecimento profissional à resolução de problemas concretos da sociedade;

iii. crença da sociedade na eficácia de tal conhecimento, para solucionar problemas relevantes. Não é necessário que efetivamente os resolvam, mas as pessoas têm de confiar na sua capacidade de resolução;

iv. confiança da sociedade nos membros da profissão, como detentores exclusivos da competência para resolver tais problemas;

v. a comunidade profissional tem capacidade para criar, organizar e transmitir esses conhecimentos, além de controlar sua aplicação;

vi. a profissão deve ser aceita como árbitro, em última instância, da validade desse conhecimento;

vii. o conhecimento produzido e controlado pela profissão deve ser considerado valioso pela sociedade e visto como uma espécie de mistério, não banalizável, a que o leigo não tem acesso.

O segundo traço no conceito de Goode (1969, p. 278-280) é o ideal de serviço ou orientação para a comunidade, o qual contém as seguintes características:

Conjunto de normas, segundo o qual as soluções técnicas são baseadas nas necessidades dos clientes, sendo o profissional quem decide quais os meios para a solução do problema. O julgamento do profissional deve prevalecer, para o bem do cliente. Por isso, a atividade estará tanto menos profissionalizada quanto mais soberana for a vontade do cliente e, portanto, menos independente o profissional;

A profissão é uma vocação, um sacerdócio, à qual o profissional se dedica e se sacrifica por ela;

i. Crença social quanto aos praticantes aceitarem e obedecerem às normas éticas da profissão;

ii. Sistema de controle, recompensas e punições dos profissionais, estabelecidos pela própria comunidade profissional, para garantir a qualidade das atividades desenvolvidas e o ideal de serviço.

Goode ainda constata que muitas ocupações objetivam e perseguem o status profissional, dificilmente alcançado, em virtude do nível precário de conhecimento ou ideal de serviço. Desse modo, ele introduz a noção de grau de *continuum,* que caminha do pólo da "não-profissão" (ocupações) ao pólo profissional, pois muitas ocupações ou semiprofissões não atendem a todas as subdimensões dos traços essenciais da verdadeira profissão[77].

Nessa linha, também Barber, outro pensador da estirpe funcionalista, procurou identificar atributos do conceito de profissão, mas sem lograr grande precisão, oscilando entre distinções qualitativas e quantitativas, marcadas pela ambigüidade e pela falta de rigor. Reconhecendo a ausência de qualquer consenso sobre o tema, afirma que "uma definição sociológica de profissão deve limitar-se, tanto quanto possível, à especificação do que se entende por comportamento profissional", mas, em seguida, hesita em estabelecer claramente tal especificação, ao dizer: "não há uma diferença absoluta entre comportamento profissional e outro tipo de comportamento ocupacional, mas apenas diferenças sobre certos atributos característicos de todo comportamento ocupacional..." E conclui: "o profissionalismo é uma questão de grau" (1979, p. 95).

Segundo Barber (1963), o comportamento profissional pode ser aferido pela presença de quatro variáveis analíticas essenciais:

Alto grau de conhecimento geral e sistemático sobre o controle da profissão;

Orientação pelo interesse comunitário, prevalente sobre o interesse individual do profissional;

Código de ética internalizado no processo de socialização no trabalho, bem como a existência de associações constituídas pelos próprios profissionais;

---

[77] Goode (1969, p. 277) explica que "It would be generally agreed, I think, that the two central qualities are (i) a basic body of abstract knowledge, and (ii) the ideal of service. Both actually contain many dimensions, and, of course, each subdimension is a *continuum*: with respect to each, a given occupation may fall somewhere toward the professional pole or not; and one may ask *where* along that subcontinuum any occupation may be found, even if clearly it is not to be considered a profession. Necessarily, too, at present we have no adequate measure for any of these subdimensions, and must be content with reasonable assertions about where a given type of job may fall" (grifo no original).

Sistema de recompensas (renda e honra) pelos méritos alcançados na profissão, estabelecido pela comunidade profissional.

Embora argumente que o conhecimento geral e sistemático de nível elevado seja atributo essencial para identificar o comportamento profissional, não explicita Barber qual o conteúdo substancial desse saber, fazendo alusão apenas ao alto grau de conhecimento do nível profissional existente em certas disciplinas como física, biologia, teologia, direito, literatura e matemática.

Sustenta também que outro atributo essencial das profissões é a relação entre o interesse individual e o coletivo. Na atuação profissional, deve prevalecer o interesse coletivo ; o individual deve ter força apenas indireta. Para garantir a orientação coletiva na aplicação do conhecimento, bem como a qualidade do serviço profissional, é indispensável a instituição de código de ética e o controle da profissão pelos próprios membros, por meio de associações profissionais.

O reconhecimento de prestígio, honra e mérito, por meio de prêmios e títulos conferidos pela comunidade profissional, é o que melhor se adéqua ao comportamento do profissional que preza mais o reconhecimento público do que bens materiais, apesar de o rendimento compatível com o prestígio da ocupação ser também considerado relevante.

2.4 O PROCESSO DE PROFISSIONALIZAÇÃO DAS OCUPAÇÕES

Na sociologia das profissões, o termo profissionalização tem um significado mais restrito, expressando o processo pelo qual algumas ocupações adquirem o status de profissão. Essa definição sociológica de *profissionalização* deve-se ao trabalho de Harold Wilensky (1979), que, em uma perspectiva processual, estudou a seqüência de eventos e etapas seguidos pelos grupos ocupacionais, até ser alcançada a condição de profissão ou, para usar as palavras do autor, o caminho viajado até a "terra prometida do profissionalismo" (1979, p. 119).

No trabalho intitulado *The Professionalization of Everyone?,* Wilensky critica a extensão abusiva da idéia de profissionalismo a todas as ocupações, como alguns autores postulavam, e, para responder à pergunta formulada no título – se caberia falar em profissionalização de todos – ele se propõe a analisar as etapas pelas quais passaram 18

ocupações[78] que alcançaram o status de profissão. Os estágios do processo de profissionalização são os seguintes:

i. O trabalho torna-se de tempo integral: o trabalho que era realizado de maneira amadora, por *hobby* ou benemerência, converte-se em uma atividade da qual se extraem rendimentos. Isso se verifica em razão da necessidade social e da viabilidade concreta de aplicação do trabalho especializado. No campo da saúde, Wilensky dá os exemplos da enfermagem e da administração hospitalar. O doente sempre foi assistido, mas somente com o desenvolvimento das organizações hospitalares essas duas atividades se converteram em ocupações e, depois, em profissões;

ii. Em seguida, criam-se instituições de ensino[79] para qualificação, treinamento e avaliação dos candidatos à profissão, a fim de garantir certa homogeneidade entre os profissionais. O saber profissional, organizado em uma base cognitiva codificada em princípios[80], não será mais transmitido de modo prático no próprio âmbito do trabalho, mas de forma estruturada e universal, numa instituição de ensino. Se a escola profissional não estiver integrada numa universidade, essa integração será perseguida, como forma de buscar padrões acadêmicos de ensino e pesquisa, e de desenvolver uma base teórica abstrata que assegure a imagem técnico-científica ao saber profissional;

---

[78] Wilenky (1979, p. 119) classificou as profissões que foram objeto de estudo em quatro grupos: *profissões estabelecidas*: contabilidade, arquitetura, engenharia civil, odontologia, direito, medicina; *profissões em formação* (algumas marginais): biblioteconomia, enfermagem, optometria, farmácia, professor, serviço social e veterinária; *profissões novas*: administrador municipal, planejador urbanista, administrador hospitalar*; profissões duvidosas*: publicitário e empresário funerário.

[79] Wilensky (1979, p. 120-121) nota que, em quatro (contabilidade, direito, medicina e engenharia) das dezoito profissões analisadas, a instituição de ensino precedeu à criação da associação profissional. Isso sublinharia a importância da universidade na consolidação da base cognitiva da profissão, sendo a profissionalização mais bem-sucedida na escola que promoveu uma eficaz associação profissional.

[80] Sobre a natureza dessa base cognitiva, Wilensky (1979, p. 130) observou que "se a base técnica de uma ocupação consiste num vocabulário que nos soa familiar, ou se a base é científica, mas tão restrita que pode ser aprendida pela maioria das pessoas como um conjunto de regras, aí então a ocupação terá dificuldades em reivindicar um monopólio de técnicas ou mesmo de uma relativa jurisdição. Resumindo, tem de haver uma base ótima para a prática profissional – nem muito vaga nem muito precisa, nem muito vasta nem muito limitada" (tradução nossa). O saber profissional deve funcionar como uma espécie de caixa-preta que contém um conjunto de teorias e técnicas inacessíveis para o homem comum. Wilensky ressalta que o caráter tácito, não acessível aos não-iniciados, contribui para explicar a exclusividade de jurisdição sobre ele pela profissão, como também para protegê-lo das críticas diretas, bem como de uma obsolescência precoce.

iii. Nasce a associação profissional: essa entidade passa a organizar as pretensões dos membros da ocupação para transformá-la numa profissão. Para tanto, múltiplas estratégias são executadas, como a definição das tarefas e funções privativas da profissão; o combate aos praticantes sem qualificação educacional e, às vezes, até a mudança do nome da ocupação para distingui-la de uma fase anterior à criação das instituições de ensino A delimitação das funções privativas da profissão, em regra, é marcada por conflitos e disputas de jurisdição com as ocupações afins e pela "delegação" de tarefas menos "nobres" a outras ocupações, reservando a profissão para si a coordenação dessa divisão social do trabalho e a subordinação das demais ocupações. Na profissão médica, a coordenação da divisão do trabalho, subordinando outras ocupações que surgiram e atuam no campo da saúde, é bem visível[81];

iv. Proteção legal, com a regulamentação da profissão: o Estado delimita a jurisdição exclusiva da profissão sobre uma base de conhecimento e um conjunto de tarefas e práticas, outorgando privilégio legal sobre a oferta de determinados serviços ao mercado, e punindo quem exerce ilegalmente a profissão. No estudo de Wilensky (1979), é possível observar que algumas profissões obtiveram a proteção legal, sob a forma de licenciamento, antes do surgimento das escolas, como foi o caso da medicina, do direito e da optometria;

v. Promulgação de um código de ética: a profissão, por meio de normas deontológicas, auto-regula-se e regula o mercado, fixando critérios para a relação entre o profissional e o cliente, com base na ideologia do ideal de serviço[82]; disciplina a concorrência entre os

[81] Dentro do complexo hospitalar, tarefas foram repassadas à enfermagem, à nutrição, ao setor de exames e diagnósticos (técnico em radiologia), mas o médico controla a atuação desses segmentos auxiliares.

[82] Segundo Wilensky (1964), a norma do ideal de serviço cumpre um importante papel ao sustentar a confiança do cliente no profissional, pois, se assim não fosse – se pensasse que o que move o profissional são interesses materiais e econômicos –, ele seria obrigado a se relacionar com o profissional como faz com um comerciante qualquer, exigindo garantia de resultados ou a restituição do que foi pago, em caso de insucesso.

pares e controla a qualidade dos serviços executados, punindo a má prática, a fim de assegurar a confiança da sociedade no profissional.

O processo proposto por Wilensky foi objeto de crítica, por descrever uma história natural da profissionalização, fundada numa série linear de eventos tomados isoladamente (primeira escola, primeira associação etc.), sem explicar, no entanto, o peso e o papel efetivo de cada um deles na profissionalização de uma ocupação – conforme ponderou Goode (1969, p. 274-276). O processo assumiu, portanto, um caráter a-histórico, por não revelar os processos sociais e os sujeitos subjacentes aos eventos mais visíveis que compõem as etapas do processo de profissionalização.

Por outro lado, a visão de Wilensky também é acusada de excessivamente etnocêntrica, por ser histórica e culturalmente baseada na experiência norte-americana, o que não permitiria a sua generalização, em função do contexto europeu continental, em que o Estado tem relevância ímpar no processo de constituição das profissões.

Segundo Abbot (1991), as profissões evoluem em múltiplas direções, com ritmos e seqüências diferentes, conforme circunstâncias históricas próprias de cada contexto profissional em que estão inseridas, sem que Wilensky explique adequadamente a razão de as várias fases se sucederem na ordem por ele proposta, em direção ao profissionalismo. Por exemplo, não se sabe por que o nascimento da primeira escola deveria preceder o da associação. Provavelmente, seria porque a escola socializa os profissionais, conferindo-lhes identidade profissional. Porém, não será a experiência profissional que confere identidade comum? Ao reexaminar os primeiros eventos considerados por Wilensky, Abbot (1991, p. 358) afirma que, nos Estados Unidos, não há uma história única de profissionalização, mas pelo menos três: uma história nacional, outra de âmbito estadual e outra local.

2.5 PROFISSÕES: *NEW POWER LITERATURE*

Na década de 70, surge um modelo teórico alternativo, que submete as profissões a uma revisão crítica, sob o influxo de correntes do pensamento marxista e neoweberiano. Nesse novo enfoque, o poder das profissões é objeto de escrutínio, como também suas relações com o poder do Estado, patrões e clientes. Deixa de ter relevância, nessa análise, a busca por traços de um tipo ideal de profissão, como pretendia o paradigma funcionalista.

Johnson (1972) é um dos primeiros autores a não examinar as profissões estaticamente, *per se*, mas como um fenômeno da relação de poder entre produtor e consumidor. O profissionalismo é uma forma peculiar e institucionalizada de controle ocupacional -- isto é, de controle do trabalho.

De acordo com Johnson (1972, p. 41-47), a divisão social do trabalho amplia o grau de competência especializada, o que produz duplo efeito: maior interdependência social, e distanciamento social. O desenvolvimento de conhecimento formal especializado amplia a prestação de bens e serviços, além do bem-estar geral; dessa forma, gera maior dependência entre as pessoas. Contudo, produz também certo distanciamento social -- ou seja, uma relação assimétrica entre os que dominam um saber especializado e aqueles que dependem desse conhecimento. Assim, o que é claro e transparente ao profissional, mostra-se opaco e relativo ao leigo.

Esse distanciamento social cria uma estrutura de *incerteza* ou *indeterminação* na relação entre produtor e consumidor. A dependência do conhecimento de outrem é fonte de tensão, em razão do risco de exploração que a assimetria de conhecimento proporciona ao detentor do saber[83].

O grau de incerteza ou indeterminação é variável e pode ser controlado, mas gera custos que podem ser imputados ao produtor dos serviços (profissional) ou ao consumidor. A alocação desses custos depende do contexto social e econômico e das relações de poder na sociedade, como também das características de demanda e oferta.[84]

Johnson apresenta três métodos historicamente identificados de reduzir as tensões produzidas pela estrutura de incerteza e indeterminação, elaborando uma tipologia de controle ocupacional que permite examinar suas variações, de acordo com a imputação de custos ao produtor ou ao consumidor. Dentro dessa tipologia, o profissionalismo é redefinido como um tipo peculiar de controle ocupacional[85]. Não se trata de ocupação nem

---

[83] O grau de incerteza ou indeterminação nem sempre é de natureza cognitiva, isto é, da complexidade do conhecimento. Johnson explica que pode ser fruto de uma estratégia mistificadora deliberada das profissões para aumentar a distância social e o próprio poder, asseverando que "The power relationship existing between practitioner to increase the social distance and his own autonomy and control over practice by engaging in process of 'mystification'. Uncertainty is not, therefore, entirely cognitive in origin but may be deliberately increased to serve manipulative or managerial ends" (1972, p. 42-43).

[84] Uma maior heterogeneidade e dispersão da demanda por serviço pode facilitar a alocação de custos para os consumidores, bem como uma homogeneidade e organização dos produtores (relação entre os profissionais, controle sobre o recrutamento e treinamento); por sua vez, a demanda homogênea e concentrada pode inverter as condições da relação, imputando custos aos produtores.

[85] Johnson (1972, p. 45) afirma que "Professionalism, then, becomes redefined as a peculiar type of occupational control, than an expression of the inherent nature of particular occupations. A profession is not, then, occupation, but a means of controlling an occupation".

da expressão da natureza intrínseca de determinada ocupação; trata-se de um método de controle de trabalho, entre outros possíveis, em que os custos da redução da estrutura de incerteza são atribuídos ao consumidor, se permitidos pelas relações de poder, e não com base no primado da racionalidade cognitiva, como alegava Parsons (1968).

Os tipos de controle ocupacional sugeridos por Johnson, com base no sujeito que dispõe de autoridade para definir as necessidades e o modo de provê-las, são: *colegial, patrocinato* e *mediação*.

O controle *colegial* se caracteriza pelo fato de o produtor/profissional deter a capacidade de definir as necessidades do consumidor (disperso, fragmentado e heterogêneo), bem como o modo de provê-las. Os dois modelos históricos de expressão desse tipo de controle são *profissionalismo* e *corporações de ofício* medievais.

O controle por *patrocinato* se caracteriza pelo fato de o consumidor ser soberano: ele define as próprias necessidades e a maneira como serão providas. O *patrocinato* se expressa historicamente mediante três formas: *oligárquico* ou *aristocrático*, quando apenas determinadas elites são as consumidoras de bens e serviços, como ocorreu no Renascimento italiano; *corporativo*, típico da modernidade, sendo os profissionais dependentes de grandes organizações, públicas ou privadas, e submetidos ao controle burocrático-hierárquico; e *comunitário,* quando a comunidade organizada controla a atividade profissional.

O controle ocupacional, no modelo de Johnson, pode assumir um terceiro tipo: *a mediação*, quando um terceiro sujeito interpõe-se na relação produtor/consumidor. Entre múltiplas possibilidades de *mediação*, cabe destacar a *mediação estatal*, que pode assumir as mais variadas configurações, desde uma completa usurpação desse controle até, o que é mais comum, o desenvolvimento de formas mitigadas que estendem a disponibilidade do serviço a um universo significativo de consumidores. Johnson dá como exemplo o *legal aid* inglês, que proporciona serviços de assistência jurídica a quem não pode pagar, com base em critérios estabelecidos pelo Estado.

Johnson inova ao analisar as profissões, pois não procura uma entidade ideal e imutável de ocupação, que possa ser qualificada como profissão, com base em certos traços típicos;na verdade, abre um novo filão sociológico de análise de profissões. O eixo da idéia é identificar a fonte de poder do profissionalismo, dando maior ênfase a uma concepção dinâmica e mutável de profissão, sobretudo à relação de poder entre produtor e

consumidor, e às formas históricas e sociais de imputar custos a cada um dos sujeitos em cada contexto histórico e social.

2.6 PROFISSÕES: *PROJETO PROFISSIONAL*

Dentro da corrente revisionista da *new power literature*, o trabalho clássico de Larson (1977), *The Rise of Professionalism*, estuda as profissões com base em conceitos marxistas e weberianos, como parte do processo de estratificação social. Larson analisa a ascensão histórica do profissionalismo moderno, como resultado da ação coletiva de grupos de interesse, numa fase peculiar do capitalismo, dentro do movimento que Polanyi (2000) chamou de *The Great Transformation*[86]. Este projeto coletivo permitiu a criação de mercados protegidos de trabalho[87], no clima de "liberdade para todos", próprio da ordem laissez-faire do capitalismo do fim do século XIX. Os movimentos de profissionalização, ao mesmo tempo em que professavam sua fé nos valores meritocráticos e na idéia do bem-estar coletivo, buscavam proteção institucional dos rigores da concorrência no âmbito de mercados protegidos de serviços e trabalho (LARSON, 1977, p. 9).

O conceito básico da obra de Larson (1977) é o de *projeto profissional*[88] (*professional project*), com que descreve dois processos históricos interdependentes: i.

[86] Larson (1977, p. 9) insere o projeto profissional de criação de monopólios profissionais no movimento de resistência à organização social fundada exclusivamente na idéia de mercado auto-regulado. Na sua obra *A Grande Transformação* (2000), Polanyi descreve que, entre os séculos XIX e XX, dois princípios organizadores da sociedade chocaram-se e interpenetraram-se continuamente num duplo movimento. Um foi o do liberalismo econômico, base do mercado auto-regulado; outro foi o da proteção social, cujo escopo era preservar o homem e a natureza da ação deletéria do mercado. Polanyi predica que "Durante um século a dinâmica da sociedade moderna foi organizada por um duplo movimento: o mercado se expandia continuamente, mas esse movimento era enfrentado por um contramovimento que cercava a expansão em direções definidas. Embora tal contramovimento fosse vital pra a proteção da sociedade, ele era, em última análise, incompatível com a auto-regulação do mercado e, portanto, com o próprio sistema de mercado" (2000, p. 161).

[87] O conceito de mercados protegidos de trabalho ou "abrigos de trabalhos" foi proposto por Freidson (1986) para designar o segmento de mercado sob o domínio das profissões. Larson, na obra *The rise of Professionalism* (1977), emprega o termo monopólio para nomear a exclusividade de uma profissão sobre determinado saber e o respectivo mercado de serviços. Contudo, em trabalho posterior, reconhece que o conceito de Freidson ("abrigos de trabalho") qualifica melhor o domínio que a profissão exerce sobre determinado mercado de serviço, embora sublinhe que continue pensando que a inspiração e o escopo do profissionalismo sejam monopolistas (1998, p. 25).

[88] Larson (1977, p. xvi) descreve os seus objetivos, da seguinte forma: "I see professionalization as the process by which producers of special services sought to constitute *and control* a market for their expertise. Because marketable expertise is a crucial element in the structure of modern inequality, professionalization appears *also* as collective assertion of special social status and as collective process of upward social mobility. [...] Professionalization is thus an attempt to translate one order of scarce resources – special knowledge and skills – into another – social and economics rewards. To maintain scarcity implies a tendency to monopoly: monopoly of expertise in the market, monopoly of status in a system of stratification. The focus on the constitution of Professional markets leads to comparing different professions in terms of 'marketability' of their specific cognitive resources." (1977, p. xvi-xvii) (grifo da autora).

criação e controle de um mercado de trabalho de serviços; ii. conquista de status social coletivo para os membros da ocupação.

O estudo de Larson é limitado geográfica e historicamente, pois sua análise restringe-se às profissões de direito, medicina, engenharia, serviço social e administração nos EUA e Inglaterra. Por isso, Larson ressalva, em trabalho ulterior, que não produz uma teoria geral do profissionalismo[89], mas uma interpretação do fenômeno profissional no mundo anglo-americano, no momento de transformação do capitalismo competitivo em corporativo, tendo sobretudo a medicina como exemplo (1990, p. 26).

Na análise de Larson (1977), as associações e lideranças profissionais são as protagonistas no processo de controle e criação do mercado, tendo o Estado papel coadjuvante e passivo, embora fundamental. Tanto na Inglaterra como nos EUA havia um compromisso, ao menos ideológico, com o *laissez-faire,* que reservava ao Estado um papel bem acanhado no domínio econômico. Ressalvada a manutenção da ordem interna e externa, a expansão do Estado era vista com muitas reservas, pois a intervenção deste na economia se justificava somente para criar a infra-estrutura material e jurídica, que permitisse o livre funcionamento do mercado. Não cabia ao Estado regulamentar o funcionamento do próprio mercado, pois este deveria regular-se naturalmente.

É nesse contexto histórico, da "grande transformação", que o profissionalismo emerge como contramovimento, gestado pelos grupos de interesse de classe média, os quais perseguem o apoio do Estado para o projeto profissional de criação e controle do mercado de trabalho e mobilidade social. O ponto distintivo do movimento profissional anglo-americano é sua origem na sociedade civil (a massa de praticantes no mercado) e a busca de apoio do Estado para o projeto monopolista. No profissionalismo franco-

[89] Bonelli (1999, p. 62) argumenta que as motivações apresentadas por Larson para justificar o profissionalismo – projeto de mobilidade coletiva de grupos médicos e de controle de mercado –, por serem limitadas histórica e geograficamente, não possuem o grau de generalidade necessário para serem utilizadas como um tipo ideal e, por isso, não têm condições de lidar com experiências históricas diferentes, como a dos advogados no Brasil, cujo movimento de profissionalização foi conduzido por segmentos da elite, e não por grupos médios querendo ascender socialmente. Também Coelho pondera que não é possível generalizar o conceito de "projeto profissional". Na França, por exemplo, a ética do *désintéressement* impunha sérias restrições à expansão do serviço dos *avocats* em razão das incompatibilidades criadas para disciplinar o exercício da profissão de forma independente do mercado e do estado, reduzindo, portanto, os espaços de mercado de trabalho, em vez de criá-los. No Brasil, durante o Império, a elite profissional pretendia distinguir-se da massa dos advogados, e não incorporá-los, asseverando (1999, p. 300) que "Ora, na Corte Brasileira as profissões só podiam organizar-se a maneira da própria sociedade: havia uma elite. E o resto era o resto. Nada mais longe das cogitações dos sócios do IAB do que projetos de mobilidade coletiva, de promoção social do conjunto da profissão. Pelo contrário, tratavam antes de preservar os critérios de distinção social, de manter tão intransponível quanto possível o fosso que os separava da massa do mercado. Mais do que em torno de um mercado, desejavam a advocacia organizada em torno de um estilo de vida."

germânico (modelo europeu), o Estado tem papel ativo no controle do sistema de ensino universitário e no surgimento e expansão das profissões, que assumiram importante papel na burocracia dos Estados nacionais.

Construir e controlar o mercado exigiu um conjunto de ações, tanto do lado da oferta quanto da demanda, para delimitar o mercado de serviços profissionais. Do lado da oferta, em uma economia fundada no mercado, era preciso um bem (serviço) preciso e distinto de outros análogos, possuidor de um valor social que justificasse seu domínio exclusivo por determinados sujeitos sociais. Como a atividade de prestação de serviço é intimamente vinculada à pessoa do profissional (*prestação intangível e personalíssima),* seria necessário "produzir os produtores"-- vale dizer, "os profissionais", que deviam ser adequadamente treinados e socializados para prover um serviço reconhecidamente particular e valorizado, passível de troca no mercado. Do lado da demanda, seria necessário unificar mercados fragmentados entre diversas ocupações afins[90], para expandir o campo de atuação profissional.

Para alcançar os objetivos de padronização da formação dos profissionais, era crucial estabelecer um relacionamento estrutural com as instituições que os produziam (universidades). Daí ter-se mostrado fundamental refrear a desordenada expansão do ensino superior, além de estabelecer padrões homogêneos de treinamento acadêmico, tais como currículos básicos, tempo de formação e exames de admissão no mercado, que garantissem a qualidade e contivessem a oferta de profissionais. Certo grau de controle sobre o acesso às credenciais educacionais, que proporcionasse a escassez desejável, aliado -- quando possível -- à regulamentação do monopólio, era o objetivo ímpar de todo projeto de profissionalização.

A relação entre profissões e instituições de ensino é sempre conflituosa, haja vista os interesses contraditórios de cada uma delas: o profissionalismo busca limitar o número de profissionais, e as instituições de ensino, produzir mais profissionais ao menor custo possível. Larson (1977) cunhou a expressão controle da "produção de produtores" para aludir à importância desse mecanismo na monopolização do mercado. A medicina

[90] Esse era o caso da medicina inglesa que, até o advento do *Medical Act* de 1858, tinha uma organização estratificada e hierárquica em três ordens distintas: i. no topo da pirâmide, considerada profissão erudita, a do físico, que dava consulta e prescrevia tratamentos; ii. em segundo plano, cirurgiões – ofício tido como manual –, os quais realizavam cirurgias, purgas, aplicações de linimentos, loções, emplastos (aplicações externas); iii. Na base da pirâmide, os apotecários, que fabricavam e vendiam remédios e, por isso, carregavam o estigma do comércio. O *Medical Act* abriu o caminho para dissolver a vetusta distinção entre físicos e cirurgiões, expandindo o campo de trabalho da medicina (Coelho, 1995, p. 38-42).

americana é um exemplo paradigmático da ação das associações profissionais para controlar a oferta do número de profissionais.

Em 1846, foi criada a AMA (*American Medical Association*), que iniciou uma luta intensa contra os outros modelos de medicina, sobretudo a homeopatia, e também pela regulamentação da atividade -- isto é, pela exigência de licenças prévias e controle da expansão das Escolas Médicas[91]. Como exemplo do controle sobre o ensino médico pela AMA, é possível citar o Relatório de Flexner que, em 1909, avaliou155 escolas médicas, concluindo que apenas 31 deveriam sobreviver, pois tinham condições de oferecer ensino com padrões mínimos de qualidade. Segundo Starr (1991, p. 149), o número máximo de escolas proposto pela AMA e também pelo Relatório Flexner não chegou a ser alcançado, mas produziu drástica redução no número de instituições educacionais: em poucos anos, somente restou algo em torno de 70 escolas, e 20 (vinte) estados ficaram sem nenhuma escola.

Entre os recursos empregados pelos grupos profissionais para persuadir a sociedade e o Estado em favor de seus privilégios, estavam o apelo ao ideal de serviço e o compromisso com o valor intrínseco do trabalho. Segundo Larson, a incorporação de elementos antimercado no discurso das profissões tinha a função de dar garantias de que estas não se aproveitariam da situação de monopólio para obter vantagens indevidas. Esses valores pré-capitalistas, próprios do conceito pré-moderno das profissões, ofereciam o crédito social necessário para reforçar a crença pública no caráter ético destas.Não obstante a retórica de apego ao ideal de serviço, Larson anota que haveria escassas evidências de tradução do ideal de serviço em comportamentos individuais.[92]

---

[91] Dado o modelo de organização federativa norte-americana, educação e controle da educação são matérias de competência de cada Estado e, por isso, há pouca centralização ou uniformidade quanto ao ensino superior. Some-se a forte autonomia federativa e a ideologia igualitária e antiintelectualista da democracia jacksoniana, uma grande liberdade profissional marcou o século XIX, concorrendo livremente diversas definições de medicina, como (alopatas, homeopatas, etc.), curandeiros, práticos, herbalistas e botânicos entre si, pela prerrogativa de curar. Contudo, esse mercado aberto a todas as seitas – a ponto de um historiador da medicina americana ter observado que três eram os direitos consagrados no ideário americano: à vida, à liberdade e ao charlatanismo (Coelho, 1995, p. 44) – começou a mudar a partir de 1870 em diversos Estados, que passaram a legislar sobre do direito de curar, exigindo o licenciamento prévio para o exercício da medicina.

[92] "Anti-market and anti-capitalist principles were incorporated in the professions' task of organizing for a market because they were elements which supported social credits and the public's belief in Professional ethicality. Thus, at the core of the professional project, we find the fusion of antithetical ideological structures and potential for permanent tension between 'civiling function' and market-orientation, between the 'protection of society' and the securing of a market, between intrinsic and extrinsic values of work. In the analytical framework I proposed, the securing of a market was the minimum common denominator which bound all kinds of professionals to obeying their 'community's' standards. Thus, professions embodied both leveling and differentiating principles of social organization: while standardizing the 'production of producers' and the conditions of entry, on the one

Larson também destaca a importância da base cognitiva especial, em que se baseia o serviço profissional para alcançar a proteção de mercado aspirada pelo profissionalismo. Não é qualquer tipo de serviço que justifica o domínio exclusivo por determinado grupo social, mas apenas os que exigem conhecimento abstrato (disponível somente a quem passou por longo treinamento em instituições de ensino apropriadas), codificado e esotérico para sua aplicação na resolução de problemas concretos. Assim, aos leigos, esse conhecimento deve-se mostrar inacessível sem o auxílio do profissional[93].

O controle da "produção de produtores", no *projeto profissional* aludido por Larson, tem por objetivo criar um tipo especial de propriedade não física, imaterial – o domínio exclusivo de certo conhecimento por um grupo profissional. Isso levou ao desenvolvimento de vínculos estruturais com as universidades, detentoras do papel de organizar a aquisição e a certificação do conhecimento dos profissionais, com base em credenciais educativas (diplomas).

A apropriação individual do conhecimento, por meio de títulos acadêmicos, levou Larson a retratar a profissionalização como um processo de tradução de uma ordem de recursos escassos (perícia criada pelo processo de treinamento educacional e exames padronizados nos níveis superiores do ensino formal) em outra ordem (oportunidades em mercado, privilégios laborais, *status* social, cargos elevados na hierarquia burocrática). Levou-o também a definir profissão como denominação que se pode dar ao "conjunto de formas históricas concretas, que estabelecem *os vínculos estruturais entre níveis de educação formal relativamente altos e posições e/ou recompensas desejáveis na divisão social do trabalho"* (1988, p. 28) (grifo no original).

Essa relação entre educação superior e privilégio ocupacional, perseguida pelos projetos de profissionalização, somente encontrou bases mais sólidas no século XX, com a expansão do sistema educacional aberto e fundado em critérios impessoais de ascensão. Segundo Larson, o conhecimento deve parecer acessível a todos que estejam dispostos a aprender e tenham capacidade para tanto (1988, p. 29). Essa igualdade de oportunidades de acesso à educação ameniza as diferenças entre indivíduos socialmente desiguais; no

---

hand, professionals sought, on the other, to attain means legitimate but unequal status positions. It is front the ideal-typical point of view of collective mobility that we must now envisage their project" (LARSON, 1977, p. 63).

[93] Larson sugere que "the 'best' cognitive basis for a monopoly of competence is one which reveals, or activates, or maximizes the favorable characteristics of a professional market. It must be specific enough to impart distinctiveness to the professional 'commodity'; it must be formalized or codified enough to allow standardization of the 'product' – which means, ultimately, standardization of the producers. And yet it must not be so clearly codified that it does not allow a principle of exclusion to operate: where everyone can claim to be an expert, there is no expertise" (1977, p. 31).

campo das profissões, constitui justificativa impessoal para o privilégio ocupacional, que estaria fundado em critérios de mérito, o que é compatível com o individualismo subjacente ao discurso liberal.

Perkin compartilha a opinião de Larson sobre o projeto monopolista das profissões, ao compará-lo a uma espécie de time no jogo da vida, mas um time de vantagem inestimável, porque, além de controlar um recurso estratégico no jogo competitivo da sobrevivência humana, faz as regras do jogo:

> [...] in effetti la professionalità è um mezzo de trasformare il controlle di risorse non materiali in ricchezza materiale. Controlando l'accesso a una risorsa scarsa come è um servizio essenziale per il cliente o per la comunità, un gruppo professionale può creare proprietà esattamente come il nobile che toglie le terre ai contadini e gliele affitta per un canone in moneta, in natura o in lavoro, o come il capitalista che introduce una macchina che distrugge la produzione artigianale e poi costrige gli artigiani a vendergli il proprio lavoro. Se la proprietà è un diritto su determinati flussi di reddito, e se la rendita è um flusso di reddito no guadagnato che deriva dal controllo di una risorsa scarsa, la professione che riesce a creare una scarsità artificiale di un servizio vitale e quindi a elevarne il prezzo al di sopra del livello di mercato, estrae, di fatto, una rendita e quindi crea proprietà sotto forma di capitale umano, culturale, intellettuale o professionale (PERKIN, 1981, p. 951).

2.7 PROFISSÕES: "FECHAMENTO SOCIAL" E SINECURAS

Se Parsons (1968) vinculou as profissões ao "primado da racionalidade cognitiva" e saudou esperançosamente a emergência do complexo profissional como novidade alvissareira do século XIX, correntes neoweberianas do pensamento sociológico não produziram imagem tão positiva do fenômeno profissional, ao analisá-lo com base no conceito weberiano de fechamento (*closure*). Na visão desses autores, as profissões seriam mais bem descritas como *sinecuras* (COLLINS, 1989) ou, como preferia Bernard Shaw (1946), *conspiração contra os leigos.*

Para Weber (2000), a propensão ao monopólio é condição inerente ao processo de competição por oportunidades econômicas (cargos públicos, clientes, ocupações). Com o acirramento da concorrência, a tendência ao desenvolvimento de ações sociais por comunidades interessadas em limitar de alguma maneira o processo competitivo, excluindo os de fora, tem ocorrido freqüentemente como mecanismo de autoproteção. Segundo Weber (2000, p. 31), "a forma como isso costuma ocorrer é aquela em que se toma alguma característica exteriormente comprovável de parte dos concorrentes (efetivos ou potenciais) – raça, idioma, religião, origem local ou social, descendência, domicílio etc. –, como base para conseguir a exclusão da concorrência".

Esse processo de monopolização de oportunidades econômicas, que Weber chamou de "fechamento" (*closure*), estaria na origem da propriedade de terras, bem como dos monopólios

estamentais e de outros grupos, como os das profissões[94] que perseguem o *"fechamento* do acesso de estranhos a determinadas oportunidades (sociais e econômicas)" (2000, p. 232). O alcance desse fechamento -- isto é, o grau, a natureza da apropriação e a facilidade com que tal fenômeno ocorre, oscila conforme as condições peculiares de cada comunidade, a natureza técnica dos objetos e as oportunidades de que se pretende assenhorear.

O conceito de "fechamento" social foi retomado por autores neoweberianos, que o adaptaram e ampliaram para além do uso original, tendo sido empregado na análise do credencialismo educacional e profissional, como instrumento de estratificação social. De acordo com Parkin (1984), "fechamento" designa tanto as estratégias e ações de exclusão (fechamento como exclusão) quanto as ações empregadas pelos grupos marginalizados, como resposta à exclusão, buscando a redistribuição de oportunidades (fechamento por usurpação).

O que caracteriza o fechamento excludente é a pretensão, por parte de um grupo, de dominar uma posição (social ou econômica) privilegiada, a expensas de outro grupo. Segundo a metáfora de Parkin, o fechamento social excludente representa o "uso do poder 'de cima para baixo' por implicar na criação de um grupo, classe ou estrato de indivíduos definidos como inferiores" (1984, p. 70). Por sua vez, o grupo excluído busca resistir à condição de exclusão, impelindo ações destinadas a romper com os privilégios do grupo dominante e compartilhar seus benefícios (fechamento por usurpação). Essa relação conflituosa pela distribuição de recursos provoca um estado de permanente antagonismo e tensão nas relações sociais. Exclusão e usurpação são dois tipos fundamentais de fechamento social[95].

A exclusão é a principal forma de fechamento social em todo sistema estratificado, e os dispositivos utilizados para monopolização de oportunidades sociais e econômicas são: i. propriedade dos meios de produção; ii. qualificações acadêmicas e profissionais.

---

[94] Weber (2000, p. 232) cita o exemplo de uma "associação de engenheiros diplomados", que procura impor o monopólio jurídico ou efetivo sobre determinados cargos, em contraposição aos não-diplomados.

[95] Parkin (1984, p. 128-166) explica que, além dessas formas de fechamento (exclusão e usurpação), pode ocorrer o fechamento dual: ações de usurpação de uma classe subordinada contra uma classe dominante, bem como a utilização de estratégias de exclusão, no interior da classe subordinada, contra parte dos integrantes da própria classe. Em sentido neoweberiano, exploração tem um sentido mais amplo do que o conceito marxista, pois não está vinculado à posição da classe na relação de produção (apropriação da mais valia). No conceito neoweberiano ampliado, a exploração pode se dar no interior da classe subordinada (entre segmentos internos) e contra ela, pois o que singulariza o conceito amplo de exploração é o exercício do poder, isto é, o uso do poder em direção descendente, produzindo estratos subalternos. Sem dúvida, a apropriação da mais valia é definida como modalidade de exploração, mas não esgota a potencialidade descritiva do conceito de exploração (1984, p. 72).

Parkin atribui às práticas de fechamento, baseadas no credencialismo, estatura semelhante ao direito de propriedade, assim definindo o credencialismo: "Uso exagerado de diplomas como meio de controlar o acesso a posições-chave na divisão de trabalho" (1984, p. 83).

O credencialismo seria o resultado da estratégia dos movimentos de profissionalização que tinham por escopo, entre outros propósitos, restringir e controlar a oferta de trabalho em determinadas ocupações, a fim de preservar ou melhorar seu valor de mercado. Seria uma intervenção voltada a assegurar a escassez garantidora das recompensas desejáveis. Parkin questiona a justificativa de que as credenciais educacionais respondiam à maior complexidade do conhecimento e à necessidade, em certas atividades, de provas mais estritas da capacidade individual (1984, p. 91).

Os diplomas, na visão de Parkin, são dispositivos utilizados pelos grupos ocupacionais, para organizar e limitar a oferta de trabalho, como mecanismo de proteção contra os rigores do mercado. Uma vez obtido o diploma, ele asseguraria uma carreira vitalícia ("vale comida para toda a vida"), à medida que ocultaria "variações de capacidade, poupando os menos competentes do castigo econômico da ruína", visto que não haveria avaliações periódicas para conferir a permanência da capacidade intelectual durante o exercício da atividade profissional (1984, p. 94).

Parkin também discute os supostos critérios individuais que serviriam de justificativa para triagem dos que teriam acesso a títulos acadêmicos. O ataque liberal burguês ao fechamento aristocrático assentado no sangue (linhagem) baseou-se na crença de que o homem devia ser avaliado pelos méritos individuais, mas não em função de critérios coletivos de filiação a certos grupos sociais. Somente o êxito individual e mérito pessoal deveriam respaldar a concessão de honras e benefícios. Logo, cabia dentro do ideário liberal a seleção para o acesso a profissões, com base em credenciais educacionais obtidas por força da aprovação em exames impessoais, pois o único critério de escolha teria sido a capacidade individual.

Contudo, não há regime meritocrático puro, em que prevaleçam estritamente as capacidades individuais de cada um, pois os pontos de partida não são iguais. Origens sociais distintas (herança material e cultural) interferem na justiça da competição, visto que nem todos entram nessa competição em termos de relativa igualdade. Ao contrário do que aspirava Durkheim, as desigualdades sociais não correspondem exatamente às desigualdades naturais.

Embora reconheça que a reprodução de classe não seja o objetivo central do ideário burguês-liberal, Parkin afirma que esse propósito permanece oculto no sistema de seleção por meio de credenciais educacionais: "Aparecem como o instrumento mais adequado para assegurar que quem possui 'capital cultural' tem maiores oportunidades de transmitir os benefícios do *status* profissional a seus filhos" (1984, p. 85). Isso, ainda que os filhos pouco aquinhoados de inteligência possam ser preteridos por esse modelo de seleção.

Ou seja, o fechamento social por exclusão, apesar de aparentemente fundado apenas em critérios individuais, não é completamente puro, visto que os méritos individuais costumam sofrer a influência do berço em que a pessoa nasceu, e não somente das condições inatas da cada um. De qualquer sorte, Parkin sustenta que tanto o critério de filiação coletiva quanto os critérios estritamente individuais, como todas as formas de exclusão, "incluem uma *exploração,* quaisquer que sejam os critérios utilizados para justificá-la" (1984, p. 108) (ênfase no original).

No entanto, a crítica mais cáustica ao dispositivo credencialista das profissões como forma de fechamento, isto é, exclusão e monopolização de oportunidades sociais e econômicas, foi elaborada por Collins (1984, p. 69), que o qualificou como uma sinecura moderna sob a aparência de um regime meritocrático, que oculta um moderno sistema de monopólio, cujo fundamento é o poder político do Estado.

Collins questiona a natureza do conhecimento técnico especializado − alegado pelas profissões para monopolizar certas ocupações − e também a necessidade de treinamento, tal como organizado no sistema de ensino superior para acesso às profissões.

Quanto à natureza desse conhecimento, Collins argumenta que uma profissão reclama uma "habilidade técnica real que produza resultados demonstráveis" (1984, p. 150)[96]. Contudo, tal demonstrabilidade não é absoluta, senão o consumidor leigo reivindicaria o direito de avaliá-la; por isso, deve haver um ponto entre o completamente previsível, que gere confiança social na habilidade profissional, e certo grau de indeterminação e discricionariedade, somente compreensível e manejável pelo profissional. Essa habilidade técnica deve ser suficientemente complexa para haver a necessidade de ser ensinada. Porém, tal aprendizado não acarretaria um modelo de ensino estruturado nas universidades, a proporcionar as credenciais educacionais indispensáveis para o acesso ao

[96] Por conta dessa definição de *expertise* como habilidade com resultados demonstráveis, Collins nega o estatuto profissional às ocupações que não atendam ao requisito da demonstrabilidade, qualificando, por exemplo, como pseudoprofissão a psiquiatria, pelo fato de que "suas curas não excederam à proporção esperada do puro acaso" (1984, p. 151).

mercado das profissões. Para Collins, a *expertise* própria para o exercício das profissões é adquirida na prática (*on the job*)[97], como ocorre com a maioria das ocupações.

Se o sistema universitário, ou melhor, a extensa formação acadêmica, não é fundamental para transmissão do conhecimento para o exercício profissional, visto que a aprendizagem pode ser realizada de outra forma, em regra *on the job*, qual seria sua função? Segundo Collins (1990, p. 19), o principal é conferir prestígio e status social à ocupação que aspira se tornar profissão, idealizando sua base cognitiva ao gerar a impressão de tratar-se de conhecimento complexo, esotérico e de difícil aquisição. Além disso, valoriza o serviço dos profissionais, ao torná-lo mais escasso no mercado, em razão do dispendioso custo de formação, restringindo seu acesso a poucos privilegiados. Na visão de Collins (1990a), o prestígio das profissões não deriva da capacidade efetiva do conhecimento para resolver problemas -- isto é, da própria *expertise*; deriva da organização social envolvida na produção desse conhecimento, principalmente dos adornos acadêmicos proporcionados pelas instituições de ensino[98], cujo papel fundamental é "tornar trabalhos mundanos em símbolos sagrados" (1990a, p. 26). Os recursos estratégicos empregados na sacralização da atividade profissional são honra, código de ética, altruísmo e o ideal de servir universalmente à comunidade, pondo em primeiro plano os interesses do cliente, o que converte um simples meio de ganhar a vida em "vocação", "chamado", busca do trabalho "bem feito"[99].

---

[97] Collins afirma que "...there is a great deal of empirical evidence that extended academic training does not usually enhance practical effectiveness very much. The content of schooling typically does not provide practical skills; those students who have the highest grades do not turn out to be the best performers; most practical skills are learned on the job; comparisons of performance of credentialized and uncredentialized members of the same occupations do not show any superiority of the former. This does not necessarily mean there is no such thing as 'professional' knowledge. But it does tell us that academic organizational structure has a social rather than a technical impact: it affects the way in which an occupation is organized, but not the amount of skilled performance. The point is not to claim that a doctor or an academically trained engineer is a fraud; they may have real skills, but these skills could also be acquired another way. But without the academic organizational structure, they find it much more difficult to acquire the same 'professional' status" (1990, p. 19).

[98] Diniz observa que o estudo histórico-comparado da engenharia demonstra a importância da estrutura organizacional acadêmica em conferir status social à profissão: "Na França, o prestígio da engenharia esteve historicamente associado ao elevado *status* dos 'corpos de engenheiros' do Estado cuja preparação se dava na elitista e dispendiosa École Polytechnique; na Inglaterra ainda hoje é muito fluida a distinção entre o engenheiro com formação acadêmica e aquele que combina uma educação secundária com programas de treinamento patrocinados pelas empresas; nos Estados Unidos, o título de 'engenheiro' não implica necessariamente uma formação universitária, embora seja predominante hoje entre os profissionais. É na Inglaterra que os engenheiros tem comparativamente o mais baixo prestígio social e o menor grau de 'fechamento'; o inverso ocorre na França, ficando os Estados Unidos em posição intermediária." (2001, p. 137).

[99] Collins destaca que "The professions are not merely occupations which have achieved closure against market competition; they also have occupational status honour. That is to say, they surround their work with an ideological covering. It is a 'calling' not merely a job. It is carried out from high motives of

Por isso, o treinamento acadêmico profissional é um tipo peculiar de ritual que, além de integrar os aspirantes numa comunidade, desenvolvendo uma identidade profissional, prepara, sobretudo, especialistas em reproduzir os símbolos da profissão, impressionando os leigos com os aspectos cerimoniais do ofício.

Collins (1990, p. 21) destaca o poder de produzir um mercado de profissões, criando problemas próprios e fomentando necessidades artificialmente, o que demandará, em seguida, o desenvolvimento do conhecimento abstrato para resolvê-los.

Em função das características organizacionais, Collins (1989) argumenta que as profissões são comunidades ocupacionais, um subtipo de grupo de status, que se organiza na esfera do trabalho, constituindo "comunidades de consciência" que partilham de símbolos comuns.

Diniz (2001, p. 177), trabalhando com conceitos de Collins, também considera que

> As profissões constituem um tipo de grupo de status ou de 'comunidade de consciência' organizada na esfera ocupacional. Possui cada uma delas sua cultura ocupacional particular, seus heróis fundadores, seu dialeto próprio, seus rituais coletivos e seus mitos. Seu recurso cultural específico é alguma forma de *expertise* sobre a qual detêm o monopólio e que é supostamente atestada pela posse de credenciais acadêmicas. Essas credenciais operam, pois, como regra de exclusão social. Entendida a história da sociedade como uma sucessão de regras de exclusão, o desenvolvimento das profissões constitui apenas uma variante histórica de estratificação social através do monopólio de oportunidades.

2.8 PROFISSIONALISMO: TERCEIRA LÓGICA

Se autores marxistas e neoweberianos, ao dissecar as profissões, enfatizaram características como monopólio, fechamento social, exclusão e discriminação, é na obra Freidson (2001) que é possível encontrar uma releitura do profissionalismo como método de controle do trabalho especializado, baseado no conhecimento formal e tácito. Ou seja, na autoridade da *expertise*, que proporciona a seus membros "abrigos no mercado de trabalho" e também benefícios à coletividade. Para Freidson, o profissionalismo constitui uma terceira lógica de organização e controle do trabalho, com base no princípio ocupacional, concorrendo com o livre mercado e a burocracia. Freidson desenvolve modelos lógicos abstratos, que permitem compreender a divisão social do trabalho e os agentes que a governam. Como todo modelo ideal-típico, é uma abstração teórica que não

altruism, of glory, or of moral, spiritual or aesthetic commitment, rather than for mundane gain" (1990, p. 35-36).

encontra correspondente fiel e puro na realidade, mas serve de ferramenta analítica para guiar os estudos empíricos[100].

Segundo Freidson, é possível identificar pelo menos três maneiras de organizar a divisão do trabalho, tanto no interior da sociedade como no de uma empresa. Essas três lógicas de organização do trabalho interagem continuamente no mundo social do trabalho, ora se opondo, ora se complementando. Os modelos ideais-típicos são: i. livre mercado; ii. autoridade burocrático-legal; iii. profissionalismo.

O primeiro tipo ideal é o *mercado livre,* formulado por Adam Smith, cujo princípio dominante seria a livre concorrência entre os agentes econômicos e a perfeita mobilidade dos fatores, entre os quais, o trabalho. Nesse mercado livre, a vontade soberana é a do consumidor, porquanto é sua escolha que determina a alocação dos recursos econômicos. Os trabalhadores disputam em regime de livre concorrência tais preferências, produzindo bens e serviços que as satisfaçam.

Freidson sustenta que esse modelo de organização social é incompatível com uma divisão do trabalho complexa e estável, por produzir alto número de ocupações com grau de conhecimento básico e pouca diferenciação entre si, visto que rapidamente tornam-se obsoletas, conforme os humores do consumidor. Tampouco há estímulo para a formação de carreiras típicas e estáveis, em razão da alta volatilidade, estando a porta de acesso completamente aberta. Freidson (2001, p. 65) ressalva que as inferências que faz do suposto tipo ideal do mercado livre são de caráter puramente teórico e analítico, raramente disponível na realidade empírica. Aliás, a maior parte dos economistas concorda com que o mercado perfeitamente livre somente pode ser encontrado em setores marginais e secundários da economia moderna.

O segundo tipo ideal de organização social do trabalho é o *burocrático-gerencial* em sentido weberiano -- isto é, um sistema racional-legal que persegue a eficiência administrativa na gestão dos meios disponíveis para alcançar os objetivos sociais da instituição. Esse modelo existe tanto em organizações públicas como nas privadas. A grande corporação empresarial se organiza burocraticamente; quer dizer, dentro de um sistema racional, com regras e comportamentos que buscam maximizar a eficiência. O

[100] Freidson observa que "While the model I present is static, and cannot therefore reflect the real word of process and change, it has the considerable virtue of being able to provide a stable point against which empirical variation and process can be systematically compared and analyzed. Provided one never forgets that it is solely an intellectual tool, a heuristic device, and *not* an effort to portray the varied reality of professions and crafts in different times and places, it can be as useful as the more familiar theoretical constructs of the free market and rational-legal bureaucracy which are similarly from reality" (2001, p. 5).

princípio que comanda esse modelo é a autoridade hierárquico-gerencial, que discrimina detalhadamente (taylorização das tarefas) as funções que cada trabalhador deve executar dentro do processo produtivo. Ou seja, não prevalece nem a vontade do consumidor nem a do trabalhador, que dispõe de pouca (senão nenhuma) autonomia de ação. Essa forma de ordenar o trabalho teria sido a empregada na proletarização do trabalhador artesanal, nos primórdios da revolução industrial.

O modelo burocrático de organização social do trabalho confere ao gestor o poder de definir a natureza da tarefa, o modo de realizá-la e quem dela se incumbirá. Isso acarreta, conseqüentemente, um alto grau de diferenciação entre as ocupações, que são criadas de acordo com as necessidades de racionalização do processo produtivo. O nível de conhecimento exigido para o desempenho das funções oscila também conforme o tipo de empresa. Esse sistema proporciona carreiras estruturadas verticalmente e maior estabilidade na ocupação.

Freidson defende que, além do mercado livre e da autoridade burocrática, há uma terceira lógica organizativa fundamentada no princípio ocupacional do trabalho. Tratase do *profissionalismo* -- processo pelo qual uma ocupação organizada obtém o direito exclusivo de controlar o trabalho, definindo o conteúdo, os meios e o modo como ele será realizado; de gerir também o acesso à atividade profissional, por meio de licenças e credenciais educacionais; e de reservar-se, ainda, o direito de ser o único árbitro competente para avaliar a qualidade e o desempenho técnico do trabalho realizado pelos profissionais (revisão pelos pares).

2.8.1 Autoridade da Expertise: Autonomia Técnica

O profissionalismo reivindica o direito de controlar o trabalho com base na autoridade da *expertise,* vale dizer, no domínio de competências técnicas especializadas na resolução de problemas humanos. Tais competências derivam de conhecimento formal[101], abstrato e codificado, mas também tácito, cuja aplicação não é completamente padronizada e demanda juízos discricionários e criativos para adaptar-se às vicissitudes de cada

[101] Freidson (2001, p. 17-35) distingue o conhecimento em quatro modalidades: i. conhecimento formal; ii. conhecimento ordinário; iii. conhecimento cotidiano; e iv. conhecimento tácito. O conhecimento formal está alicerçado em teorias e conceitos abstratos institucionalizados em disciplinas, e o aprendizado desse conhecimento é resultado de educação de nível superior; O conhecimento cotidiano é o conhecimento que qualquer adulto pode executar para tarefas do dia-a-dia com habilidades disseminadas e aprendidas naturalmente num processo de educação básica; O conhecimento prático é uma forma intermediária entre o conhecimento formal e o cotidiano, que pode ser aprendido pela experiência, não tendo por base teorias formais e abstratas; Já o conhecimento tácito é um conhecimento não verbalizado, isto é, com grande dificuldade de descrição sistemática e codificada, o qual se aprende somente com a experiência prática.

situação. Esse conhecimento somente pode ser obtido após extenso aprendizado em instituição de ensino superior.

Para adquirir essa autoridade sobre o exercício do trabalho, uma ocupação − grupo de interesses organizado, que aspira ao status profissional[102] − precisa demarcar claramente sua jurisdição -- isto é, o vínculo exclusivo, com um conjunto de tarefas que tenham valor de uso no mercado e possam ser objeto de intercâmbio econômico. Essa delimitação de tarefas é um processo conflituoso e competitivo com outras ocupações, o que exige negociações e disputas na arena política e social, pois a ocupação deve convencer o Estado e a sociedade da capacidade e aptidão para o senhorio exclusivo das tarefas reivindicadas, em detrimento de outras ocupações.

O recurso estratégico mais importante de uma ocupação, para persuadir o Estado a conceder-lhe o privilégio de deter com exclusividade um dado conjunto de tarefas, é o domínio de conhecimento formal e abstrato, indispensável para o exercício dessa atividade. Exalta-se também, eloqüentemente, a natureza especial e vital do serviço. Ele não pode ser executado por pessoas sem qualificação profissional, em razão de seu valor social[103] e, sobretudo, pelo risco de causar dano aos consumidores, que não teriam condições de avaliá-lo, dado o saber complexo envolto na execução das tarefas que compõem o campo profissional (assimetria de informações).

Embora saliente a influência do conhecimento formal para obter privilégios profissionais, Freidson (1998) não menospreza a importância do processo social e político na conquista do monopólio ocupacional, destacando que "O conhecimento em si não dá poder especial: somente o conhecimento *exclusivo* dá poder aos seus detentores. Esse privilégio tem alicerce político, já que organizado sobre uma base legal. [...] É o poder do Estado que garante à profissão o direito exclusivo de usar e avaliar certo corpo de conhecimento. Contando com o direito exclusivo de usar o conhecimento, a profissão adquire poder" (1998, p. 104) (grifo do autor).

O vínculo estabelecido entre o conhecimento formal, produzido pela instituição de ensino superior (universidade), e um conjunto de tarefas que proporcione serviços ao mercado,

[102] Segundo Freidson, uma ocupação, para se tornar profissão, deve se converter num grupo de interesse com uma dupla razão: promover a defesa dos privilégios sobre determinadas tarefas, libertando-se do controle do mercado, e também se proteger daqueles que têm objetivos concorrentes (2001, p. 105).

[103] Hughes observa que a natureza especial da atividade de muitos profissionais estaria relacionada com o que ele denominou "saber condenável" (*guilty knowledge*) e que justificaria uma relação especial entre o profissional e o cliente que protegesse o acesso ao conhecimento inconfessável (sigilo profissional) (1958, p. 80-81).

quando legalmente reconhecidos pelo Estado, confere a autoridade da *expertise*[104] aos profissionais que dominam essa atividade. Por conseguinte, confere-lhes também o poder de controlar a substância do próprio trabalho, poupando-os, de alguma maneira, das intempéries do mercado, mormente da soberania do consumidor e da supervisão racionalizadora da burocracia.

Dessa forma, no núcleo do tipo ideal de profissionalismo descrito por Freidson, está a idéia de autogoverno e auto-regulamentação do trabalho, advindo da autonomia técnica proporcionada pelo domínio exclusivo do conhecimento formal e abstrato aprendido em instituição de ensino superior. A autonomia técnica expressa-se no controle da substância do trabalho a ser realizado -- isto é, de conteúdo, termos e meios do próprio trabalho. Essa liberdade de ação do profissional é necessária, porque os serviços prestados demandam julgamentos discricionários que adaptem o conhecimento às contingências complexas e peculiares de cada caso. A decisão de como fazer o trabalho é exclusiva do profissional, independentemente da vontade do consumidor ou de autoridade burocrática. Dessa forma, os únicos que podem avaliar a qualidade e o desempenho do trabalho profissional são os próprios pares.

Freidson argumenta que a autonomia profissional é antitética à idéia de padronização − própria do modelo burocrático −, isto é, de uma proletarização do profissional. O modelo burocrático gerencial fraciona a produção de um bem em partes menores e mais simples, cujos formatos, desenhados previamente, são atribuídos às ocupações criadas pela autoridade gerencial. O trabalhador perde o controle do próprio trabalho por conta da racionalização imposta pela gerência burocrática. O trabalho profissional resiste ao processo de expropriação do poder de determinar como o trabalho deve ser feito, enfatizando o caráter infungível de cada prestação, que exige discernimento e julgamento individual.

Freidson tem visão humanista e positiva da autonomia profissional. O profissionalismo é uma lógica de organização do trabalho que estimula o pluralismo e a inovação científica e cultural, além de impedir que tanto os produtores de serviços como os consumidores sejam padronizados à medida que se amplia o leque de opções. Embora se alegue que os serviços profissionais não sejam passíveis de padronização, esse discurso é questionado por Freidson, que assim argumenta:

[104] O poder exclusivo sobre a aplicação do conhecimento faculta às profissões a soberania sobre aspectos distintos da realidade, o que Starr (1991, p. 28) denominou *autoridade cultural*, sobre o qual vale dizer*:* "probabilidade de que certas definições particulares da realidade e juízos de significado e de valor prevaleçam como válidos e verdadeiros".

> Na verdade, essa alegação [produtores e consumidores não podem ser padronizados] não é verdadeira. Qualquer serviço ou produto pode ser padronizado e mecanizado. Um sapateiro pode afirmar com toda a justeza que todo pé é diferente e que, portanto, cada sapato deve ser feito sob medida para ele, exercendo o julgamento e arbítrio adaptados aos pés de cada indivíduo. Mas a história nos mostrou o êxito no desenvolvimento de tamanhos padronizados e na padronização da produção de sapatos. Acontece com as atividades de medicina e direito e outros empreendimentos ostensivamente profissionais o mesmo que na fabricação de calçados; elas também podem ser subdivididas em unidades menores e reduzidas a problemas e serviços padronizados. Assim como os pés do consumidor podem adaptar-se a tamanhos de sapatos padronizados, os problemas dos consumidores podem ajustar-se a soluções padronizadas. Decerto, é também verdade que, quando reduzimos o arbítrio do produtor no tratamento com consumidores individuais, corremos o risco de proletarizar o produtor e forçar a inclusão do consumidor em categorias impróprias. Essa conseqüência pode não parecer séria para calçados, rádios transistorizados ou divórcios amigáveis, mas poderia parecer séria no caso de outros bens e serviços. Quando pelo menos algumas necessidades do consumidor são reduzidas a categorias padronizadas, reduzindo-se assim o consumidor a um objeto-padrão, isso pode parecer opressivo e incapacitante. Creio ser possível sustentar que os produtores de alguns bens e serviços deveriam poder exercer o arbítrio e o julgamento não só em favor de sua própria humanidade, mas também em favor da humanidade do consumidor (1998, p. 208).

A autonomia técnica profissional não se confunde com o exercício autônomo da profissão no mercado -- vale dizer, não inserido numa organização pública ou privada, como patrão de si próprio. A autonomia técnica não deriva da condição de trabalhador subordinado ou autônomo no mercado de serviço. O controle do conteúdo do trabalho é conseqüência do saber detido pelo profissional[105]. É certo que o trabalho autônomo, e não subordinado, pode gerar condições para maior autonomia técnica, mas isso depende das condições ambientais e econômicas do mercado no qual o profissional está inserido e, sobretudo, do tipo de demanda existente.

Como se sabe, um mercado consumidor heterogêneo, desorganizado e pulverizado, em função de uma oferta controlada de profissionais, pode proporcionar condições econômicas favoráveis para o prestador de serviços individual e autônomo, além de maior poder e autonomia técnica. Contudo, outro tipo de demanda, concentrada em poucos consumidores de grande poder econômico e organização, certamente torna a relação econômica desfavorável ao prestador de serviços[106]. Ademais, há profissionais que estão integrados em organizações (clero, professores, pesquisadores científicos) que mantêm o

[105] Freidson destaca: "Acredito que a autonomia técnica de empregados profissionais, mesmo quando não apoiadas por instituições profissionais fortes, se explique mais plausivelmente pela função. Considera-se que as tarefas centrais dos profissionais são aquelas que *exigiriam* um julgamento arbitrário, de tal forma que não é possível a mecanização ordinária ou a racionalização burocrática" (1998, p. 256) (ênfase no original).

[106] Essa característica do mercado de trabalho como condicionador da maior facilidade de organização profissional foi objeto de análise feita por Larson (1977), ao comparar o mercado de trabalho da medicina (demanda favorável pela pulverização dos consumidores) e engenharia (consumidor corporativo organizado).

controle sobre a substância do trabalho, apesar de sua inserção em organizações burocráticas[107]. Por isso, Freidson considera que "o exercício liberal é uma medida por demais grosseira para avaliar o grau com que as profissões têm liberdade de controlar o seu próprio trabalho" (1998, p. 77).

2.8.2 Credencialismo e Mercados de Trabalho Protegidos

Não é suficiente a jurisdição exclusiva sobre o conhecimento garantido pelo Estado. É imprescindível dispor de um arcabouço institucional de auto-regulação, que permita controlar o acesso ao conhecimento e a oferta de serviços de profissionais no mercado. Conforme sublinha Freidson, tais arranjos institucionais

> compreendem métodos seletivos e restritivos de recrutamento de novos membros por meio de critérios de triagem da capacidade ou probidade, e a manutenção de instituições de treinamento suficientemente padronizadas para permitir supor que todos os que completem com êxito seu treinamento terão competência ao menos minimamente aceitável. A garantia adicional pode ser fornecida pela exigência de exames daqueles que tiverem completado seu treinamento antes de lhes autorizar o trabalho (1998, p. 219).

O credencialismo educacional e as licenças para o exercício do trabalho são artefatos institucionais essenciais, manejados pelo profissionalismo para forjar mercados de trabalho protegidos, e também para fornecer informações[108] ao consumidor a respeito dos profissionais habilitados ao desempenho da atividade profissional.

De acordo com Freidson, existem tarefas para as quais o chamado conhecimento cotidiano é suficiente, e qualquer adulto é capaz de executá-las; porém, há outras mais complexas, que reclamam o conhecimento formal especializado, e este somente se adquire por meio da formação educacional de nível superior. Nesse caso, as credenciais educacionais

---

[107] "Em geral, as provas empíricas são que as organizações burocráticas de grande porte não reduzem o trabalho profissional a tarefas detalhadas, mecânicas, que impedem o espírito e o *ethos* do profissionalismo. Devido à influência de instituições profissionais, às concepções leigas sobre o trabalho profissional, à demanda de trabalho profissional pelos consumidores e, talvez, em algumas circunstâncias, ao caráter intrínseco do próprio trabalho, é dada aos profissionais uma margem de ação consideravelmente maior do que têm a maioria dos empregados na decisão sobre as tarefas a fazer e como fazê-las" (FREIDSON, 1998, p. 257).

[108] Sobre a função das credenciais acadêmicas como fator de qualificação e identificação dos profissionais aptos, bem como de controle da oferta, Freidson anota que "In professionalism, sheltered labor markets for particular jurisdictions in a division of labor are created on the basis of a claim to be able to perform a defined set of discretionary tasks satisfactorily. They are not justified by asserting a right to have a secure position, which is characteristic of the bureaucratic labor market. Individual recruits are selected on the basis of what is believed to be their capacity to learn how to perform those tasks. Their training is conducted by members of the occupational group. Upon completion of their training, they are provided with a credential that serves as evidence of their now trained capacity to perform those tasks, a credential that serves as qualification for entry into the labor market. In the ideal-typical occupational labor market the credential is a labor market signal base on a formal system of training that is controlled directly or indirectly by representatives of the occupation and sustained by force of law or strong custom" (2001, p. 78).

cumprem o papel de certificar e atestar a possessão desse conhecimento e competência específica, simplificando o processo de escolha de um especialista, num mundo em que há muitas modalidades. Ou seja, a credencial educacional contribui para reduzir a assimetria de informações, pois o consumidor tem condição de "identificar um especialista, sem depender de testemunhos verbais, de experiência pessoal anterior ou de emprego de testes. [...] Mesmo que não prognostique cuidadosamente, facilita a escolha entre candidatos reais e possíveis, ao atestar a capacidade mínima de realizar determinado trabalho" (1998, p. 202).

Quanto ao caráter excludente e discriminatório do credencialismo, chamado de "cercado social" e "sinecura" pelos críticos neoweberianos − Parkin (1984) e Collins (1984) − Freidson não concorda com a avaliação negativa feita por esses autores; todavia, ele reconhece que é inerente a qualquer tipo de credencial provocar algum tipo de discriminação, ressaltando que uma simples "carta de referência" pode abrir "portas" a quem a possua e excluir quem não a tem. No entanto, o que é relevante verificar é se a exclusão tem alguma justificativa plausível e aceitável. Segundo Freidson (1998, p. 204), a exclusão é conseqüência principalmente da especialização funcional, derivada da inevitável divisão de trabalho nas sociedades complexas. Destarte, o número de profissionais é limitado pela demanda existente no mercado, porquanto "é impossível que todos sejam capazes de praticar o mesmo tipo de expertise."

Embora admita que a divisão de trabalho em especializações provoque necessariamente algum grau de seletividade e exclusão, em razão da demanda existente no mercado, Freidson assevera que não é qualquer tipo de trabalho especializado que deve ser credenciado. O que se deve perseguir é a abolição total do credencialismo para certos tipos de trabalho e sua modificação para outros. Quanto a qual espécie de trabalho não deve ser credenciada, ou qual deve ter o modelo de credenciamento alterado, Freidson não dá nenhuma resposta expressa, afirmando que as críticas generalizadas ao credencialismo não permitiram que se produzisse uma adequada e criteriosa "distinção entre os diversos tipos de trabalho e os diversos tipos de credencialismo" (1998, p. 205).

É possível inferir, de sua defesa do profissionalismo como lógica de ordenação do trabalho, que o credencialismo educacional seria justificável quando a *expertise* precisasse ser institucionalizada de algum modo numa sociedade complexa. Ou seja, quando o domínio de determinada competência específica depender de um conhecimento formal e abstrato, produzido numa instituição de ensino superior, com a seguinte ressalva: "Somente se o trabalho fosse reduzido a competências facilmente aprendidas numa divisão

detalhada de trabalho é que se poderia conceber que as pessoas tenham tanta liberdade de mudar de empregos que o credencialismo poderia ser considerado uma barreira artificial" (1998, p. 204) [sic].

Freidson relembra que argumentos igualitários serviram de fundamento para a abolição das instituições protetoras do profissionalismo após a Revolução Francesa e Americana, mas que, pouco tempo depois, essas instituições ressurgiram novamente, asseverando:

> ... esse ressurgimento [das instituições do profissionalismo] decorre não dos ventos políticos contra-revolucionários ou da política de classe, mas, sim, de um problema genérico que tem pouco ou nada a ver com problemas políticos ou privilégios injustos. Na base do profissionalismo, como tentei mostrar, está o conhecimento e a competência especializados considerados como valiosos para a vida humana. Na base estão problemas criados pela divisão do trabalho. Genericamente, a especialização não representa uma desigualdade, mas, sim, uma diferença funcional. A especialização coloca problemas para a sociedade humana que não podem ser tratados com êxito pelo recurso do igualitarismo. Conhecimento e competência não podem promover os necessários e desejáveis objetivos de manter e enriquecer a vida sem serem institucionalizados de alguma maneira. Os problemas que nos apresentam não podem ser tratados pela abolição da prática de conhecimento e competência, nem pela abolição da institucionalização dessa prática. Devemos, antes, discriminar aquelas alegações de conhecimento e competência que são genuinamente valiosas, daquelas que não o são, e criar e manter formas de institucionalização que permitam que o conhecimento e a competência sejam usados para mútuo benefício, e impeçam ao mesmo tempo que se tornem uma fonte de exploração e injustiça (1998, p. 211-212).

As credenciais educacionais e as licenças para o exercício da profissão são mecanismos próprios do profissionalismo, destinados a regular a oferta de profissionais e a criar abrigos no mercado de trabalho (*labor market shelters)*. Freidson (1998, p. 120) considera que tal maneira de descrever esse tipo de segmentação do mercado de trabalho é mais adequada do que "cercado social" ou "conspiração contra alguns aspirantes", como pretendem os críticos neoweberianos do mercado de trabalho protegido. Isso acontece sobretudo quando se conclui que tal tipo de abrigo representa o desejo de autoproteção e segurança econômica no desempenho do mesmo trabalho, com relação às incertezas do mercado livre, proporcionando o desenvolvimento de carreiras vitalícias no exercício da profissão.

Por outro lado, o mercado protegido de trabalho, garante certo grau de estabilidade profissional e a perspectiva de carreira; oferece ainda os incentivos econômicos necessários para que alguém arque com os custos exigíveis pelo longo processo educativo de aquisição da *expertise*, ao acenar com certa possibilidade de retorno econômico no exercício futuro da profissão.

Freidson anota que, para conseguir um abrigo resistente, é necessário demarcar a jurisdição profissional de maneira muito clara, tanto horizontal quanto verticalmente "diante da potencial superposição ou invasão por ocupações contíguas" numa divisão de trabalho certamente conflituosa e competitiva. Por essa razão, identificar tarefas concretas e objetivas constitui recurso essencial na defesa contra eventuais esbulhos por outras ocupações. Paralelamente, as "ocupações menos treinadas devem ser impedidas de obter condições de reivindicar uma ascensão automática, com base na experiência prática", enquanto "ocupações com tarefas similares devem ser firmemente excluídas ou cooptadas'' (1998, p. 124) [109].

Para constituir um mercado de trabalho protegido para a profissão, a par de defender as fronteiras da jurisdição profissional de ocupações concorrentes, é preciso organizar a competição interna entre os próprios membros, protegendo-os uns dos outros. É igualmente necessário evitar uma disputa predatória, que comprometa a coesão interna. Essa função é cumprida pelo código de ética, que disciplina a relação entre membros da profissão e entre profissionais e leigos. Regras éticas que: i. fixam honorários mínimos; ii. restringem a publicidade a informações básicas; iii. vedam comentários depreciativos do trabalho dos outros profissionais para um cliente, buscando construir e cultivar o espírito de "coleguismo" (ideal profissional cavalheiresco) e, ainda, manter a solidariedade e a identidade profissional.

2.8.3 Compromisso de Servir com Independência

O profissionalismo oferece à sociedade, como contrapartida pelo monopólio ocupacional, a promessa de que não abusará dos privilégios garantidos por esse regime de exclusividade laboral. Essa promessa se expressa na declaração do propósito de servir primeiro à comunidade e depois aos interesses materiais. Os críticos do profissionalismo qualificam tal declaração de propósito como recurso puramente retórico, que não encontra correspondência no comportamento empírico. Freidson (2001) não nega a dificuldade de verificação empírica da ideologia do profissionalismo, porém argumenta que isso não retira o mérito prescritivo do modelo, que representa o que devia existir, e orienta o esforço para alcançá-lo.

[109] Freidson (1998, p. 125) dá o exemplo da medicina, que conseguiu demarcar com precisão certas tarefas (prescrever medicamentos e realizar incisões corporais) e, dessa forma, ordenar e coordenar a divisão de trabalho no campo da saúde, dominando outras profissões (farmácia e enfermagem) ou, ainda, pondo-as dependentes das suas ordens.

Na alma do modelo ideal-típico do profissionalismo, está o compromisso com o trabalho pelo seu valor intrínseco, e não apenas como meio de obter a contraprestação pecuniária paga pelo cliente. Não que as recompensas econômicas não sejam importantes; elas o são, mas as recompensas simbólicas também têm valor, e o trabalho é mais do que mero ganha-pão. No trabalho profissional, a auto-realização profissional "tem valor tão especial, que o dinheiro não pode lhe servir de única medida; é também Boa Obra" (1998, p. 246). Segundo Freidson (1998, p. 247),

> os profissionais desenvolvem um interesse intelectual por seu trabalho, e, por isso, estão preocupados com a sua ampliação e refinamento e acreditam em seu valor para a sociedade. Eles não exercem apenas uma competência complexa, mas identificam-se com ela. O que fazem não é trabalhar exclusivamente pela remuneração, mas pelo prazer de algo mais, de algo que ocasionalmente pode ser considerado uma diversão.

O segundo valor destacado na dimensão normativa do profissionalismo é o cultivo da *independência* no exercício da *expertise*. O profissional deve servir ao cliente, mas não pode fazer uso cego do saber e da competência que possui, pois deve ser fiel, em primeiro lugar, aos valores transcendentes (justiça, salvação, verdade, beleza, saúde ou prosperidade)[110] a que o conhecimento e a profissão estão vinculados. Ou seja, o profissional deve ter independência para servir a valores mais elevados do que a vontade de quem o contrata.

Para Freidson, profissão não é um agregado amorfo de indivíduos a transacionar serviços no mercado. É uma ocupação especializada do mundo do trabalho, a qual conquistou o direito de controlar o ofício, com base no conjunto especial de instituições interdependentes que compõe o profissionalismo. Esse tipo ideal, desenvolvido por Freidson (2001, p.127), caracteriza-se, enfim, pelos seguintes elementos:

[110] Sobre o compromisso de independência das profissões e a vinculação a valores superiores e transcendentes, Freidson argumenta que "The professional ideology of service goes beyond serving others' choices. Rather, it claims devotion to a transcendent value which infuses its specialization with a larger and putatively higher goal which may reach beyond that of those they are supposed to serve. Each body of professional knowledge and skill is attached to such a value, one sometimes shared by several disciplines. Part of the struggle that can occur between occupations (and between specialties within occupations) can be over which one may legitimately claim custody of a particular value. Such values as Justice, Salvation, Beauty, Truth, Health, and Prosperity are large, abstract, and on the face of it indisputably desirable, the devil, of course, being in the details. Nonetheless it is because they claim to be a secular priesthood that serves such transcendent and self-evidently desirable values (see, for example, La Volpa 1988: 348) that professionals can claim independence of judgment an freedom of action rather than mere faithful service. [...] Thus, ideal-typical professions may be part of a service class, but they cannot be described as belonging to a servant class. Their service is to the differing substantive goals appropriate to their specialized disciplines" (2001, p. 122-123).

i. Tipo de atividade especializada no interior do mercado formal, supostamente baseada em conhecimentos e competências discricionárias, que desfrutam de status especial na força de trabalho;
ii. Jurisdição exclusiva de uma particular divisão do trabalho, criada e controlada pela negociação entre ocupações;
iii. Posição protegida no mercado de trabalho, com base em credenciais expedidas pela própria profissão;
iv. Programa de treinamento formal e oficial, que se desenvolva fora do mercado de trabalho e expeça credenciais educacionais qualificadoras, em associação com as universidades e controladas pela profissão;
v. Ideologia que priorize o compromisso com a realização de um bom trabalho, em vez do ganho financeiro, e objetive portanto a qualidade, em vez da eficiência econômica.

2.9 ESTADO E PROFISSÃO

O modelo de análise das profissões, desenvolvido pela sociologia das profissões na tradição americana, reserva ao Estado um papel passivo no processo de profissionalização. De acordo com esse modelo, centrado no mercado, a profissionalização nasce na sociedade civil e busca apoio do Estado para o projeto de monopolização de serviços e ascensão social. Na organização das profissões, o Estado é personagem coadjuvante e sem iniciativa, cabendo-lhe apenas emprestar a força da proteção legal ao monopólio ocupacional. A autonomia profissional é conquistada por obra e graça das associações e lideranças profissionais. Tal modelo centrado no mercado – de baixo para cima – é descrito no processo de profissionalização proposto por Wilensky (1964): trabalho em tempo integral, primeira escola, associação, proteção legal, código de ética.

Em contraste com tal formato, a profissionalização em países europeus (França, Alemanha e Itália) desenvolveu-se sob influxo do Estado; este, por meio do controle do sistema educacional superior e do licenciamento profissional, conduziu a profissionalização de cima para baixo, desempenhando papel ativo na determinação do conteúdo e das práticas profissionais.

Essas duas formas diferentes de constituição das profissões conduziram à interpretação de que assentavam em pólos opostos a autonomia profissional e a regulação estatal, de forma que a maior intervenção do Estado correspondia à menor autonomia das profissões. Johnson

rejeita os termos dessa relação, ao alegar a existência de uma simbiose entre profissão e Estado no modelo britânico, na qual "as profissões emergem como condição de formação do Estado, que é a principal condição de autonomia profissional" (1982, p. 189).

Em outro trabalho, Johnson (1995) reafirma a articulação complexa entre profissão e Estado. Valendo-se do conceito foucaultiano de "governabilidade", sustenta que as profissões cumpriram papel central na formação do Estado moderno, ao tornar governáveis, com sua perícia e saber, espaços importantes da realidade social[111]. O juízo técnico e neutro das profissões cumpre função importante na elaboração de políticas públicas[112] e na definição de partes importantes da realidade social, ao contribuir para a estipulação de conceitos de doença, incapacidade, inflação, justiça, morte[113] etc. Esse poder prescritivo e constitutivo do saber profissional, que confere soberania sobre aspectos da realidade social, foi denominado por Starr (1991, p. 28) de autoridade cultural: "La probabilidad de que ciertas definiciones particulares de la realidad y juicios de significado y de valor prevalezcan como válidos y verdaderos".

Sem negar a importância da distinção entre profissão e Estado, que parece de certa forma obscurecida na análise de Johnson, a interdependência entre Estado e profissão tem-se revelado constante na dinâmica social e histórica, não somente no planejamento de políticas públicas, como na própria configuração do estado moderno. O Estado depende da *expertise* das

---

[111] Segundo Johnson (1995, p. 22), "since the emergence of modern, liberal-democratic government expertise has become a key resource of 'governmentality'; that is, the technical and institutional capacity to exercise a highly complex form of power. Governmentality has been associated with the official recognition and licence of professional expertise as part of a general process of implementing government objectives and standardizing procedures, programmes and judgements. Also, because governments depends on the neutrality of expertise in rendering social realities governable, the established professions have been, as far as posible, distanced from spheres of political contention – the source of professional autonomy".

[112] Como exemplo significativo dessa contribuição do conhecimento profissional para construção de políticas públicas, pode-se citar o precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça – STJ – mandado de segurança n. 8.895 – DF (2003/0014265-0) – relatora Ministra Eliana Calmon – que negou o direito ao tratamento da retinose pigmentar em Cuba, com base em parecer técnico do Conselho de Oftalmologia que desaconselhava esse tipo de tratamento por não haver comprovação científica de sua eficácia. O parecer do Conselho de Oftalmologia serviu de fundamento para Portaria n. 763 do Ministro da Saúde que proibia esse tipo de tratamento no exterior com recursos do SUS. No julgamento do caso, o STJ decidiu que, apesar de o direito universal à saúde estar garantido constitucionalmente, os recurso econômicos eram escassos e não se poderia desperdiçar dinheiro público com tratamento alternativo cuja eficácia não fosse comprovada, de sorte que os critério técnicos e científicos derivados do "parecer" do Conselho Federal de Oftalmologia conferiam legitimidade e legalidade à recusa do Ministério da Saúde.

[113] O artigo 3° da Lei n. 9.434/97 prescreve que o diagnóstico da morte encefálica, para efeito de transplante de tecido, órgão ou parte do corpo humano, deverá ser constado e registrado por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por Resolução do Conselho Federal de Medicina. A Resolução n. 1480/97 fixa os critérios clínicos e tecnológicos para determinação do que seja morte encefálica.

profissões na organização da realidade social, e estas dependem do poder de meios de que aquele dispõe para organizar as instituições do profissionalismo.

Com fundamento em outro aparato conceitual (interacionismo simbólico), Dingwall (2004) também relê a conexão entre Estado e profissões, e sugere que o profissionalismo é a forma moderna e secular que Estado e mercado encontraram para gerar confiança e certeza nas relações sociais e econômicas. Em vez de falha de mercado (monopólio ocupacional), o profissionalismo pode ser visto como resposta a uma falha -- a incerteza social e econômica que emperra as transações sociais e econômicas.

Dingwall (2004) argumenta que a vida social e econômica depende de valores como certeza e confiança. No mundo antigo, tais valores eram providos pela religião, que, com o processo de secularização, cedeu essa função a outro tipo de sacerdote moderno, que são os profissionais, ponderando:

> Las profesiones no solo son las portadoras del conocimiento científico, también son guardianes seculares de lo sagrado, el sacerdócio del mundo moderno; pero un sacerdocio que roconoce lo incognoscile de las cosas, que se enfrenta las incertitumbres y reconoce la apertura del mundo cambiante. El sistema profesional es el sistema que regula a la sociedade moderna, cuya función es acomodar a la sociedad en esta realidad (DINGWALL; KING, 1995, p. 18-19 *apud* DINGWALL, 2004, p. 10).

Dingwall (2004) defende a necessidade de repensar o profissionalismo fora do quadro monocromático do chamado imperialismo ocupacional, que vê as profissões tão-só como uma demanda por fechamento de mercados e status social. Ele exemplifica com a regulação da atividade farmacêutica na Inglaterra do século XIX, a qual seria mais bem descrita como "oferta de regulação profissional pelo Estado para enfrentar a incerteza e o medo que permeavam o mercado de produtos farmacêuticos", do que "demanda de profissionais organizados em busca de privilégios econômicos". Por isso, as interdependências entre Estado, mercado e profissões não poderiam ser reduzidas apenas à perspectiva do chamado imperialismo ocupacional, pois esta simplifica demais a complexidade de tal relação na estruturação do Estado e do mercado.

2.10 SÍNTESE DAS QUESTÕES

A revisão feita dos diversos "olhares" da sociologia das profissões a respeito do fenômeno profissional revela a multiplicidade de pontos de vista e a complexidade do conceito de profissão nesse campo especializado do saber. Tal diversidade pode ser útil na compreensão dos conflitos judiciais que envolvem a instituição das profissões, bem como

o exercício do poder pelas entidades corporativas, na delimitação da respectiva jurisdição profissional sobre determinado segmento da atividade econômica.

A reflexão teórica sobre as profissões remonta ao pensamento sociológico clássico, que, apesar de não delimitar claramente o campo empírico de referência, utilizou o conceito com pretensões normativas, como força supostamente capaz de submeter o individualismo do *laissez-faire* aos interesses sociais da comunidade. Durkheim desejava restaurar o caráter disciplinador que as corporações profissionais tiveram no passado. Tawney via as profissões como um modo de corrigir o funcionamento das atividades econômicas, vinculando-as ao cumprimento de objetivos que não fossem o simples acúmulo de riquezas.

Parsons e outros autores do paradigma funcionalista, dentro do que ficou conhecido como enfoque taxionômico, procuraram construir idealmente o conceito de profissões em torno de uma dimensão cognitiva (conhecimento abstrato, teórico e codificado) e de uma dimensão normativa (ideal de serviço à coletividade). A lista dos atributos definidores mudava conforme o autor e deixava a desejar quanto à identificação do objeto empírico, quando se afastava do núcleo duro constituído pelo direito, medicina e sacerdócio, as clássicas e tradicionais profissões cultas. Essa arbitrariedade na definição dos traços essenciais e imutáveis do conceito da verdadeira profissão, com base na imagem do direito e da medicina, converteu tal enfoque numa visão que incluía poucos e excluía muitos.

Segundo os críticos do modelo taxionômico de profissão, as definições fundadas em traços universais eram construídas, preponderantemente, sobre mitos produzidos pelo discurso profissional, os quais serviam apenas para construir um sistema de mandarinato, conforme denominação de Gyamarty (1975). Este se alicerçava na auto-regulação coletiva da atividade e no monopólio profissional, com base em credenciais educacionais e licenças profissionais. O profissionalismo e o ideal de serviço à comunidade seriam apenas um discurso justificador dos privilégios profissionais. Os sociólogos funcionalistas teriam sido as primeiras vítimas dessa ideologia, ao transformar em teoria uma doutrina; ou seja, converteram em teoria um conjunto de imagens usadas pelas próprias profissões, a fim de criar e manter intocado o sistema de mandarinato.

O enfoque revisionista rejeitou a análise estática das profissões e a pesquisa da essência ou conceito ideal de profissão, para examiná-la à luz das relações de poder existentes na sociedade. O profissionalismo seria uma das formas possíveis de controle do trabalho. O maior ou menor sucesso desse modelo organizacional dependeria das

condições socioeconômicas de cada mercado, bem como do papel do Estado em cada contexto histórico. As profissões são também descritas como grupos de interesse, organizados com o objetivo de criar e controlar mercados e de ascender na escala de prestígio social.

Nesse tipo de abordagem, sobressaem os percursos históricos trilhados pelas ocupações que se organizaram e conquistaram o poder de controlar o próprio mercado, desvendando o que ficou conhecido por imperialismo ocupacional -- isto é, certas estratégias de exclusão e fechamento social.

As instituições do profissionalismo, voltadas para controlar o trabalho e o mercado (credencialismo educacional e licenciamento profissional), são analisadas por diferentes prismas: ora salientam o caráter negativo desse mecanismo como fator de exclusão social, ao permitir a monopolização de oportunidades econômicas e culturais por certos grupos sociais; ora ressaltam a importância de tais instrumentos como condição necessária para o desenvolvimento de mercados de trabalho protegidos, que permitam o desenvolvimento da *expertise* indispensável à sociedade plural e aberta. O profissionalismo seria uma alternativa desejável ao livre mercado e à burocracia.

É possível extrair um denominador comum das diversas correntes que estudam o fenômeno profissional: a centralidade do conhecimento científico na definição do status profissional e na aquisição de poder e autoridade pelas profissões, bem como a vinculação estrutural das profissões às universidades, que cumprem a função de organizar, padronizar e certificar o saber profissional e os profissionais.

Que tipo de conhecimento justifica a institucionalização da *expertise*? Quais são as bases cognitivas que identificam uma profissão e lhe são próprias? Quando o credencialismo é justificável e necessário, tendo em vista o tipo de conhecimento exigível para a execução das tarefas específicas de uma profissão? Como visto, não há respostas precisas a essas perguntas, sobretudo quanto ao caráter substancial do conhecimento necessário para a identificação de uma profissão. O que se afirma freqüentemente é que esse recurso estratégico − base cognitiva − deve estar envolto em algum grau de abstração téorica e mistério. Deve estar também inserido numa instituição de ensino superior, pois seria difícil manter o monopólio sobre atividades de natureza transparente, que qualquer um pudesse aprender e reproduzir sem passar pelos rituais de aprendizagem e iniciação próprios da profissão.

Talvez dificilmente haja uma resposta para a questão relativa ao valor intrínseco do conhecimento como fundamento para instituição de profissões; ainda não se desenvolveram instrumentos conceituais e analíticos para tal tipo de julgamento, a não ser que se menosprezem os jogos sociais subjacentes às qualificações das atividades do mundo do trabalho e à construção da superioridade cognitiva deste ou daquele tipo de conhecimento profissional. A lição que se pode retirar da história do profissionalismo é que, em muitos casos, a vinculação ao ensino universitário tem cumprido o papel simbólico de enobrecimento do conhecimento profissional, e que profissões foram e têm sido criadas, independente do valor intrínseco do saber ou da sua eficácia em resolver efetivamente problemas do seu campo de atuação, como forma de atribuir status social aos praticantes.

Também não se pode esquecer que o conhecimento em si não é fonte de poder, mas apenas o conhecimento exclusivo de determinado grupo social. Esse privilégio somente pode ser alcançado por processos políticos e sociais, motivo pelo qual a participação do Estado e a dinâmica social e histórica de cada profissão não podem ser subestimadas, pois desempenham papel fundamental na qualificação do conhecimento e na definição das profissões.

Como a sociologia das profissões pode auxiliar a compreender a regulação profissional, isto é, a constituição de profissões e de entidades corporativas, tendo em vista a multiplicidade de paradigmas e visões a respeito da função social das profissões?

Primeiro, desmistificando a idéia de que as profissões somente são instituídas para evitar que sejam causados danos aos consumidores e usuários de serviços considerados vitais para sociedade, isto é, seriam um método de seleção de trabalhadores qualificados e de correção da assimetria de informações existentes na sociedade. O profissionalismo, conforme o modelo de Freidson, não é um simples mecanismo de prevenção de danos, mas uma terceira lógica de organização do trabalho e da atividade econômica, que se apresenta independente do Estado e do consumidor. Isso exigiria repensar os cenários conceituais do direito público e econômico no enquadramento jurídico das instituições do profissionalismo, haja vista a dificuldade de aplicar às profissões o regime jurídico de livre mercado e o regime jurídico de direito público.

Segundo, a pluralidade de visões sociológicas pode contribuir para entender as imagens e discursos utilizados pelos grupos profissionais para justificação do regime jurídico especial regulatório das profissões; ou, se preferir, dos privilégios ocupacionais

demandados e conferidos pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência a tais grupos sociais, permitindo compreender melhor as razões e estratégias de fechamento e controle de mercado e de mobilidade social, perseguidas pelas profissões, mas também ofertadas pelo Estado.

Terceiro, o profissionalismo, admitido como terceira lógica de controle do mercado de serviços, não seria exceção à regra do livre mercado, como tradicionalmente se interpreta a Constituição, mas uma alternativa possível à organização social e, muitas vezes, um meio para administrar as expectativas, ao tornar "cognoscíveis" realidades incertas, gerando a confiança necessária para o desenrolar das relações sociais e econômicas.

3 LIBERDADE DE PROFISSÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

3.1 INTRODUÇÃO

A liberdade de trabalho e profissão emergiu como um direito fundamental do cidadão com o triunfo da ordem econômica liberal, cujo marco significativo foi a ruptura com a organização corporativa do trabalho. O modelo constitucional de estado liberal, desde então, consagra tal liberdade como um direito subjetivo público, embora sujeito às restrições determinadas pelo Estado, com fundamento na cláusula geral de ordem pública.

O perfil deste direito fundamental e os tipos de ingerências impostos pela autoridade pública têm oscilado de acordo com o papel assumido pelo Estado na ordem econômica em cada contexto histórico e social, consoante o maior ou menor compromisso com o tipo de liberalismo econômico prevalecente. O debate constitucional tem girado em torno da construção de critérios e medidas destinados a limitar a intervenção restritiva do legislador na conformação desse direito fundamental, procurando identificar as ingerências desproporcionais e, dessa forma, proteger o núcleo essencial da liberdade de profissão. A breve resenha a seguir tem por escopo expor como a doutrina e a jurisprudência européias têm enfrentado o difícil problema de identificar a medida e os limites das restrições cabíveis à liberdade profissional.

Optou-se pela análise da liberdade de profissão na ordem constitucional da Itália, Alemanha, França, Portugal e Espanha, países que têm grande familiaridade com a ordem jurídica brasileira, influenciando-a e, dessa forma, contribuindo para a apreciação dos problemas normativos compreendidos na delimitação dessa liberdade. A ordem de apresentação observa a antiguidade de cada texto constitucional.

3.2 LIBERDADE DE PROFISSÃO NA CONSTITUIÇÃO ITALIANA DE 1947

A liberdade de trabalho e profissão é contemplada pela Constituição Italiana, no artigo 4º[114], que estatui: "A república reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e promove as condições que tornem efetivo este direito", complementando, no § 1º: "Todo

[114] Art. 4º La Republica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendando effettivo questo diritto.
Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.

cidadão tem o dever de desenvolver, segundo suas próprias possibilidades e escolha, uma atividade ou uma função que contribua para o progresso material ou espiritual da sociedade."

A regra constitucional transcrita, apesar da redação nebulosa, cuida de dois direitos interdependentes. De um lado, a Constituição garante o direito ao trabalho, como expressão própria de um direito social, e, de outro, tem-se a liberdade de escolha do trabalho, sem constrangimentos que não sejam as próprias possibilidades, como um direito de defesa, que proíbe a interferência do Estado nesta esfera da personalidade do cidadão.

Segundo Vigorita e Palma (1957, p.15), essa norma não pode ser interpretada literalmente como garantidora do direito de cada cidadão de exigir um posto de trabalho do Estado, pois o direito ao trabalho assegurado pela Constituição Italiana corresponde a um direito social que impõe ao Estado o dever de programar políticas públicas geradoras de oportunidades de emprego, ostentando, por isso, mais a natureza de uma obrigação de meios do que de resultados.

Ao lado do direito ao trabalho, prescreve também a Constituição um direito fundamental de liberdade: "Todo cidadão tem o dever de desenvolver, segundo as suas próprias possibilidades e escolha, uma atividade ou uma função que contribua para o progresso material ou espiritual da sociedade". Nessa segunda norma, estaria prevista a liberdade de dispor da própria força de trabalho, abraçando, sem interferência externa, a atividade que pretende desenvolver como trabalho. Deve o Estado abster-se de qualquer intervenção que dirija ou substitua a vontade do indivíduo, não o obrigando a desenvolver um trabalho não escolhido livremente.

Na visão de Vigorita e Palma (1957, p.18), a liberdade de escolha de profissão tem, sobretudo, um significado negativo, ao impedir que os cidadãos sejam coagidos a escolher ou desenvolver profissionalmente um trabalho específico não livremente determinado, mas não impede a intervenção reguladora do Estado, ressalvando um amplo poder de ação do legislador, ao afirmar que

> Quella garanzia [liberta di schelta dell'occupazione] non vale invece in nessum modo ad assicurare al cittadino (sotto il profilo, per cosi dire, positivo) il diritto di volgersi a sua piacimento verso qualsiasi settore di attività al di fuori di preclusioni, limitazioni e controlli statali. È vero, al contrario, che lo Stato può próprio al fine di assicurare il progresso materiale e spirituale della società – interdire ai privati certe attività, pubblicizzare delle professioni, soprimente altre, vietare determinate forme di lavoro o regolarne i modi di prestazione, disciplinare quantitativamente l'afflusso a certi settori lavorativi, ecc; oltre a fissare comunque i presuposti e i requisiti per lo svolgimento delle varie attività.

A opinião de Vigorita e Palma (1957) supracitada bem explicita o caráter "enfraquecido" dessa liberdade constitucional, sujeita à forte intromissão do legislador,

tendo-se confrontado, na doutrina e na jurisprudência italianas, duas visões a respeito da natureza constitucional da liberdade de escolha do trabalho e profissão: de um lado, sob a influência da doutrina francesa, o argumento de que se trata de um mero princípio geral dependente da intervenção constitutiva do legislador, que desfruta de grande discricionariedade na delimitação da liberdade de profissão, e, de outro, a defesa da existência de uma liberdade fundamental que constitui um direito subjetivo público, cujo núcleo essencial necessita de ser preservado contra o risco de intervenções normativas que esvaziem o seu conteúdo.

Relata Amorim (2001, p. 614) que prevaleceu, na doutrina majoritária italiana, a tese de que a liberdade de profissão é um direito subjetivo fundamental, e não um mero princípio geral, sujeita, porém, à intervenção conformadora do Estado, a fim de harmonizá-la com outros valores e direitos também previstos na Constituição. Como o artigo 4º da Constituição Italiana não autoriza explicitamente a ação restritiva do legislador na configuração dessa liberdade, a doutrina e a jurisprudência italianas aplicaram extensivamente a norma do artigo 41[115] da Constituição, que trata da disciplina da iniciativa econômica privada. Esse dispositivo reza que "a iniciativa econômica privada é livre", ressalvando, porém, o § 1º o seu não desenvolvimento, "se se opuser à utilidade social ou quando cause danos à segurança, à liberdade e à dignidade humana", encarregando-se ainda o § 2º de determinar "os programas e os controles oportunos para que a atividade econômica pública ou privada possa orientar-se e coordenar-se com os fins sociais".

Nas constituições liberais clássicas, a liberdade de trabalho e profissão e a liberdade de comércio e indústria (liberdade de empresa ou iniciativa econômica) comumente aparecem identificadas e confundidas numa única liberdade econômica. A Constituição Italiana rompeu com essa tradição e dissociou a liberdade de trabalho e profissão da liberdade de iniciativa econômica, bem como localizou essas duas liberdades em lugares distintos na Constituição (liberdade de trabalho, nos preceitos fundamentais da república, e iniciativa econômica, no capítulo dos direitos e deveres econômicos).

Não se extraiu, porém, nenhuma conseqüência do fato de a liberdade de profissão ter sido considerada um direito fundamental especial com relação à iniciativa econômica

[115] Art. 41 – L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto com l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, allá liberta, allá dignità umana. La legge determina i programmi e i controli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

nem tampouco de ter sido conceituada como uma liberdade fundamental estreitamente vinculada à personalidade e a dignidade da pessoa humana. Com efeito, a indiscriminada ingerência do legislador na regulamentação da liberdade de profissão revela uma tutela mais frágil desse direito, se comparada com a proteção da iniciativa econômica empresarial, quando se averigua o tipo de intervenção possível de ser realizada pelo poder público. A doutrina[116] nota que o Tribunal Constitucional tem "absolvido" o legislador, ao aceitar, sem um escrutínio mais ponderado, os critérios por ele erigidos para a regulação das profissões, restando a essa liberdade ficar à mercê de considerações genéricas e escassamente justificadas. Com fundamento na idéia de que o desenvolvimento da personalidade do cidadão pela via da liberdade de profissão pode entrar em conflito com interesses coletivos, igualmente dignos de proteção, tem-se

[116] Giuseppe Pera (1971, p. 1034-1035) faz uma síntese das restrições e as justificativas aceitas pela Corte Constitucional italiana como fundamento para disciplina da liberdade de profissão, ressaltando a generalidade e a insuficiência desses fundamentos, bem como a ausência de qualquer limite substancial à reiterada intervenção de espírito corporativista do legislador. Embora longa a citação, ela é um bom quadro do caráter "enfraquecido" dessa liberdade no direito italino: "La Corte ha disatteso il dubbio relativo all'ordine dei giornalisti, sollevato fondamentalmente in riferimento all'art 21 cost., constatando che la legge relativa ha riguardo, per valutazione discrezionale del legislatore, alla disciplina della professione, non intaccando il diritto del cittadino di scrivere sui giornali [Cfr. C. cost. 23 giugno 1968, n. II, in *Foro it.,* 1968, I, 863.]
Per l'albo dei consulenti del lavoro si è argomentato dalla complessità della legislazione sociale del lavoro e previdenziale; tanto giustificando, nel pubblico interesse, la disciplina della professione svolta largamente in favore di imprese di modeste proporzioni [Cfr. C. cost. 16 luglio 1968, n. 102, in *Foro it.,* 1968, I, 2381.]
Per la particolare delicatezza dei compiti, si è respinto il dubbio sulla disciplina della professione degli ausiliari di radiologia [Cfr. C. cost. 10 luglio 1973, n. 120, in *Foro it.,* 1973, I, 2677.]
Si è ammessa la legittimità della autorizzazione di polizia per i mestieri girovaghi, a tutela del pubblico indifferenziato ed in particolare dell'adolescenza, spiegandosi la limitazione a fine di tutela di altri interessi e di altre esigenze sociali [Cfr. C. cost. 4 marzo 1971, n. 41, in *Foro it.,* 1971, I, 840.]
Alla stessa conclusione si è giunti (ancora una volta con specifico riferimento qui all'art. 21 cost.) in ordine alla licenza di pubblica sicurezza richiesta per i distributori dei giornali [Cfr. C. cost. 26 gennaio 1957, n. 33, in *Foro it.,* 1957, I, 321.]
Ancora nello stesso senso la Corte se è pronunciata per l'autorizzazione richiesta per le attività di portierato e di custodia di magazzini, a tutela dell'interesse anche di soggetti estranei al rapporto di lavoro, poiché i princìpi constituzionali (art. 4 e 35) non inibiscono regolamentazioni nel pubblico interesse, fermo che l'autorità deve delibare con valutazioni obiettive e non meramente arbitrarie, nell'incondizionato rispetto delle libertà politiche, sindacali e religiose [Cfr. C. cost. 8 febbraio 1966, n. 7, in *Foro it.,* 1966, I, 381.]
Egualmente si è detto per la licenza prefettizia per l'opera di vigilanza e custodia di proprietà mobiliari o immobiliari: ogni libertà deve essere contemperata quando viene in contatto con sfere concorrenti che siano egualmente meritevoli di protezione costituzionale, qui constatandosi che la soddisfazione del bisogno privato di informazione e di quello di protezione della proprietà privata è convergente con le funzioni della polizia pubblica, venendo in questione la sicurezza pubblica e la libertà dei cittadini [Cfr. C. cost. 6 luglio 1965, n. 61, in *Foro it.,* 1965, I, 1325.]
È legittimo l'art. 226 c. nav. sulla previa autorizzazione per i servizi di trasporto, di rimorchio e di traino, sempre in ragione della comprensibile doverosa tutela di altri interessi e di altre esigenze sociali [Cfr. C. cost. 12 luglio 1967, n. III, in *Foro it.,* 1967, I, 2265.]
Si è ritenuta legittima la l.n. 4613, cit. sulle prestazioni d'opera, in quanto nella Costituzione non c'è un divieto di prestazioni personali che avrebbe colpito esigenze fondamentali dello Stato, non potendosi in vocare l'art. 4 cost. in quanto, ancora una volta, il principio di liberta scelta del lavoro non è leso dalle limitazioni che l'attività del cittadino può subire per la tutela di altri interessi e di altre esigenze sociali [Cfr. C. cost. 23 marzo 1960, n. 12, in *Foro it.,* 1960, I, 543.]

admitido, sem passar por um juízo de razoabilidade mais estrito, um amplo e diversificado plexo de restrições à liberdade de profissão.

No mesmo diapasão, Vigorita e Palma (1957, p. 18) argumentam que o artigo 4º somente obriga o legislador a respeitar o conteúdo essencial da liberdade de escolha, não substituindo a vontade privada pela da autoridade pública, mas pode reduzir o âmbito de escolha, ao proibir

> o ofício de saltimbanco ou de faquir, por considerá-los socialmente inúteis; suprimir as profissões privadas de notário, farmacêutico, agente de câmbio, com a substituição por serviços estatais; proceder à 'nacionalização da profissão médica; à instituição de número limitado de vagas para os 'álbuns' forenses e para a inscrição em cursos universitários (tradução nossa).

Lega (1974, p. 220) informa que, para algumas profissões, como a de *procuratore legale*, o mecanismo de *numerus clausus* como regulador do número de profissionais e da concorrência foi adotado durante o regime fascista.

Pois bem, a síntese da jurisprudência constitucional italiana sobre regulação profissional é bem esclarecedora: o alto grau de discricionariedade do legislador italiano, bem como a dificuldade de a Corte Constitucional italiana construir critérios apropriados para analisar o delicado problema de identificar quais restrições ao acesso e ao exercício das profissões são atentatórias ao conteúdo mínimo do direito, que não se resume em ressaltar a clássica objeção ao Estado de impor compulsoriamente uma profissão, privando o particular do direito de escolha, ou seja, destacando, apenas, a função de defesa das liberdades fundamentais.

3.3 LIBERDADE DE PROFISSÃO NA LEI FUNDAMENTAL ALEMÃ DE 1949

A jurisprudência do Tribunal Constitucional e a doutrina deram relevantes contribuições ao direito constitucional, ao desenvolver a norma constitucional prevista no artigo 19, 2[117] (*Em caso algum poderá ser afetado o conteúdo essencial do direito fundamental),* que impõe ao legislador o dever de preservar, quando se fizer necessária a intervenção restritiva no campo dos direitos fundamentais, o chamado núcleo essencial do direito, que não pode ser afetado, isto é, esvaziado em seu conteúdo. É assaz conhecida a doutrina construída pelo Tribunal Constitucional quanto à obrigação de o legislador observar a regra da proporcionalidade na delimitação dos direitos e das liberdades fundamentais.

---

[117] Art. 19.
(1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt warden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.
(2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.

Sobre o tema da liberdade profissional, no caso que restou conhecido como a "sentença das farmácias" (a seguir comentado), o Tribunal Constitucional desenvolveu a chamada teoria dos "degraus", definindo uma metodologia de controle do tipo e da intensidade das restrições que poderiam ser criadas pelo legislador ao disciplinar essa especial liberdade. Porém, antes de analisar esse precedente jurisprudencial, impende conhecer o perfil constitucional da liberdade de profissão na Constituição Alemã de 1949.

A Constituição Alemã prescreve, em seu artigo 1º, que a dignidade humana é sagrada, fixando que as autoridades públicas têm o dever absoluto de respeitá-la e protegê-la. A Lei Fundamental também tutela o livre desenvolvimento da personalidade, como uma garantia geral de manifestação da liberdade individual, ao preceituar, em seu artigo 2º, que "todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, nos limites dos direitos de outrem, da ordem constitucional e da ordem moral".

Como reconheceu o próprio Tribunal Constitucional, ao lado da liberdade geral de atuação garantida pelo artigo 2º, nº 1, a própria Lei Fundamental protegeu, por meio de preceitos relativos aos direitos fundamentais, a liberdade de atuação humana em determinadas esferas vitais que, segundo a experiência histórica, expuseram-se especialmente à intromissão da autoridade pública, delimitando a amplitude da intervenção que estava franqueada ao legislador. Entre as esferas particularmente protegidas pela Constituição como direitos fundamentais, está a liberdade de profissão, que se encontra disciplinada nos seguintes termos:

> Artigo 12 - [Liberdade de profissão; proibição do trabalho forçado][118]
> 1. Todos os alemães terão direito de escolher livremente a sua profissão ou ocupação, seu local de trabalho e seu estabelecimento de formação profissional. O exercício da profissão ou ocupação poderá ser regulamentado por lei ou em virtude de lei.
> 2. Ninguém poderá ser obrigado a um trabalho determinado, salvo no âmbito do dever de prestação de serviço comunitário, tradicional, geral e igual para todos.
> 3. O trabalho forçado só será admissível durante o cumprimento de penas privativas de liberdade pronunciadas judicialmente.

A Constituição alemã empregou um termo semanticamente amplo – *Beruf* – (profissão ou ocupação), que compreende todo tipo de ação humana no mundo econômico de produção e distribuição de bens e serviços, para tratar da liberdade econômica,

[118] Art 12
(1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.
(2) Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einerherkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht.
(3) Zwangsarbeit ist nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig.

mantendo-se fiel à tradição constitucional liberal de fundir a liberdade de profissão com a de empresa num único preceito constitucional, não distinguido entre elas, como fizeram as constituições italiana, espanhola, portuguesa e brasileira.

> O termo *Beruf*, até o advento da reforma protestante, tinha um significado mais religioso, pois era reservado para designar a vocação interior que conduz uma pessoa a abraçar a vida religiosa. Segundo Weber (2001), foi Lutero que, ao traduzir a bíblia para o alemão corrente, deu a *Beruf* o sentido secular de profissão ou ocupação, como identificação das atividades mundanas do dia-a-dia. Essa secularização do termo vem acompanhada de uma revalorização ética do trabalho, pois este passa a ser visto como tarefa que cada um recebe de Deus aqui na Terra. Weber (2001, p. 64-65) explica que:
>
> > Assim como o significado da palavra, a idéia é nova e é produto da Reforma. E isso deve ser assumido como conhecimento geral. É verdade que certa valorização positiva das atividades rotineiras mundanas, que está contida no conceito de vocação, já existiu na Idade Média e mesmo na baixa antiguidade Grega; falaremos disso mais tarde. Mas pelo menos uma coisa é indiscutivelmente nova: a valorização do cumprimento do dever nos afazeres seculares com a mais alta forma que a atividade ética do indivíduo pudesse assumir. E foi o que trouxe inevitavelmente um significado religioso às atividades seculares do dia-a-dia e fixou de início o significado de vocação como tal. [...] O único modo de vida aceitável por Deus não era superar a moralidade mundana pelo asceticismo monástico, mas unicamente o cumprimento das obrigações impostas ao indivíduo pela sua posição no mundo. Esta era sua vocação.

O Tribunal Constitucional, no julgamento do caso das farmácias *(apothekenurteil*), fixou o âmbito e o alcance de aplicação do artigo 12, ao proclamar que estaria protegido por essa norma o "direito fundamental de abraçar como profissão qualquer atividade lícita, ainda que essa atividade não corresponda a uma 'imagem de profissão' bem estabelecida em suas características, em virtude da tradição e das normas jurídicas correspondentes" (E, 7, 377, 11/06/1958; *apud* Rupp, 1981, p. 488). Nessa mesma decisão, precisou-se também que a noção de profissão contemplada no artigo 12 incluiria, além da liberdade de empresa (comércio e indústria), também as chamadas "profissões públicas", isto é, as que tenham por conteúdo as atividades reservadas ao Estado, ou envolvam o exercício privado de funções públicas.

A noção de "imagem de profissão", aludida pelo Tribunal Constitucional, serviu para a doutrina tentar construir obstáculos à intervenção reguladora do Estado, que estaria obrigado a respeitar o conteúdo essencial desse direito, que, tendo como referência essa noção, segundo Amorim (2001, p. 631), funda-se na premissa de que

> [...] toda atividade econômica individual enraizada na comunidade, para além do *nomen*, pode ser identificada socialmente com uma imagem típica, formada por um conjunto de funções e tarefas tradicionalmente interligadas com um conteúdo e limites perfeitamente determinados, bem como pelas condições técnicas, pessoais e econômico-financeiras com ela conectadas, e para cuja formação teria contribuído (e continuariam a contribuir) quer a tradição, quer a própria legislação que já regulava as profissões protegidas ao tempo da feitura da Constituição.

Contudo, a equiparação do conteúdo essencial da liberdade de profissão à idéia de "imagem de profissão", à qual o Tribunal Constitucional fez alusão para demarcar o âmbito do artigo 12, nº 1, é um recurso problemático, tendo em vista a abstração e a imprecisão dessa noção que dificilmente torna operacional o reconhecimento do campo intangível do direito fundamental, além de estabelecer um grau de imutabilidade social elevado, ao cercear em demasia a possibilidade de o legislador adaptar as profissões existentes às mudanças sociais e tecnológicas. Por essa razão, conforme se verá, o Tribunal Constitucional espanhol se negou a utilizar a imagem social de uma profissão como caminho para identificação do núcleo essencial dessa liberdade, não estabelecendo, em princípio, nenhuma distinção entre profissão e atividade econômica.

Por outro lado, o Tribunal Constitucional, quando se referiu à imagem de profissão, pretendeu, sobretudo, alargar o campo de incidência dessa liberdade para um conjunto abrangente de atividades econômicas passíveis de escolha pelo indivíduo. Ele não restringiu o seu espectro àquelas devidamente configuradas como profissões, pelo ordenamento jurídico. Ainda assim, ele não se comprometeu com a noção de que cada profissão tem uma imagem preexistente, que o legislador está compelido a respeitar, como forma de proteção do conteúdo mínimo do direito.

O direito fundamental de escolha da profissão não se limitaria ao tradicional direito de defesa, que impõe ao Estado o dever de abstenção, proibindo-o de ingerir na livre escolha da própria vocação ou de obrigar alguém a um trabalho determinado, salvo no âmbito do dever de prestação de serviço comunitário, tradicional, geral e igual para todos. Possui essa liberdade também uma dimensão positiva, que se manifesta no direito de escolher a sua universidade (isto é, no direito de acesso à educação necessária para o exercício de uma profissão) e que é, porém, condicionada à reserva do possível, como ocorre geralmente com os direitos sociais que dependem de prestações do Estado.

De acordo com Amorim (2001, p. 627), o Tribunal Constitucional também decidiu que violaria o direito fundamental previsto no artigo 12, nº 1, o uso do *numerus clausus*, no acesso a um estabelecimento de ensino superior preparatório para determinada profissão, como mecanismo regulador do número de profissionais em determinada atividade (isto é, a limitação da oferta de novos profissionais, com base numa avaliação de saturação do mercado de trabalho). Se a ausência de vagas em um estabelecimento de formação profissional estiver vinculada a uma política de contenção da oferta do número de profissionais no mercado, e não à escassez de recursos para

responder à demanda pelas vagas, desrespeita-se a liberdade de escolha tanto da profissão como do estabelecimento de formação profissional.

3.3.1 Liberdade Profissional e a Teoria dos "Degraus" (*Stufentheorie*)

O Tribunal Constitucional alemão proferiu, em 1958 (e reiterou em 1963), a chamada sentença das farmácias, em que, aplicando a regra da proporcionalidade, elaborou uma teoria para a avaliação da profundidade das restrições que poderiam gravar a liberdade de profissão, a fim de, sopesando os custos entre os valores em conflitos, salvaguardar a essência desse direito fundamental, conforme prescreve o artigo 19, nº 2, da Constituição Alemã.

O caso apreciado pelo Tribunal Constitucional tratava da regulamentação do exercício da profissão farmacêutica, que, na tradição germânica, sempre foi objeto de intensa regulação estatal[119]. A lei cuja constitucionalidade foi analisada pelo Tribunal provinha do Estado da Baviera e condicionava o acesso à licença para abertura de farmácias ao preenchimento de certos requisitos subjetivos e objetivos: título acadêmico adequado; nacionalidade alemã; cinco anos de prática desde a obtenção do título; local de abertura do estabelecimento condicionado à necessidade de abastecimento da população. A inauguração de um novo estabelecimento estava sujeita à avaliação pelo Estado da viabilidade econômica do novo empreendimento, não podendo, ainda, a sua criação comprometer a situação econômica dos estabelecimentos já existentes, isto é, afetar as condições mínimas de sobrevivência econômica das demais farmácias.

O Tribunal Constitucional enfrentou a questão, cindindo a liberdade de profissão em dois momentos: o exercício e a escolha, sendo que este segundo estágio poderia estar sujeito a pressupostos subjetivos e objetivos. Cada momento estaria exposto a tipos e intensidades diferentes de limitações pelo legislador e, para isso, elaborou a chamada teoria dos "degraus" a serem percorridos pelo legislador na regulamentação desse direito fundamental, salientando que

[119] Conforme relata Nieto (1961, p. 375), convivia no direito alemão, após a segunda guerra mundial, uma grande diversidade de regimes jurídicos que habilitavam ao exercício da profissão farmacêutica: título de direito real, concessão real e concessão pessoal, causando grande insegurança jurídica, sem que o Parlamento alemão conseguisse unificar a disciplina da atividade com relação à tradição e ao corporativismo que reinavam no setor. O Tribunal Constitucional teria contribuído de modo significativo com a regulação profissional ao estabelecer pautas que poderiam balizar a atuação futura do legislador na definição das possíveis restrições à liberdade de profissão, como, de fato, vieram a ocorrer após esse caso exemplar.

> As regulamentações editadas por força do artigo 12, alínea 1, disposição 2 da Lei Fundamental devem se situar no 'degrau' que, na escala de soluções possíveis, comporte a ingerência mais fraca sobre a liberdade de escolha da profissão; o 'degrau' imediatamente superior não pode ser empregado pelo legislador sem que se considere de maneira altamente verossimilhante que os riscos temidos possam ser enfrentados de modo eficaz pelos meios menos onerosos (conformes à constituição) do 'degrau inferior'" (E. 7, 377 *apud* Rupp, 2001, p. 489) (tradução nossa).

Ao regular uma profissão, o legislador deve começar pelo primeiro degrau, isto é, pela ordenação do exercício da atividade profissional, fixando as condições para o seu desempenho, a fim de evitar danos aos direitos de outrem. Como o exercício da atividade profissional ocorre na esfera social, o legislador dispõe de maior liberdade de conformação do direito, desde que se confine a disciplina do exercício e o modo como a atividade deve ser praticada, sem afetar o direito de escolha da profissão. Caberia ao Tribunal, nesse tipo de regulação, apenas verificar se os encargos em si não eram inadequados, excessivos ou desproporcionais em sentido estrito, tendo como pauta a regra da proporcionalidade na interpretação dessas restrições[120].

O segundo degrau de intervenção do legislador alcança o momento da escolha, isto é, aquele em que uma profissão é assumida, continuada ou abandonada, impondo a lei condições de acesso a essa profissão de natureza subjetiva, relacionadas à pessoa do candidato, notadamente a necessidade de título acadêmico comprobatório do domínio de conhecimento técnico exigido, por constituir um perigo para a sociedade a não qualificação prefixada. A discricionariedade de atuação do legislador já é menor nessa oportunidade e somente pode ocorrer quando necessária para salvaguardar bens coletivos particularmente relevantes, tendo ressalvado que, se tal ingerência for indispensável, o legislador deve sempre escolher a medida que menos afete o direito fundamental.

O direito de escolha de uma profissão compreende também o direito de livremente abandoná-la quando, por juízo próprio, assim o quiser. Porém, o Tribunal Constitucional entendeu que, para certas atividades, o legislador pode estabelecer um limite de idade para continuidade da atividade, interferindo, portando, no direito de escolha do momento de saída da profissão. Essa decisão foi tomada no caso que envolvia a regulação da profissão de parteira, da qual, para o exercício, o legislador tinha prescrito a idade máxima de 70

[120] Na resenha que faz da jurisprudência do Tribunal Constitucional, Rupp (1981, p. 491) cita o caso da obrigação de uso de vestes talares pelos advogados perante os tribunais. Segundo o tribunal, essa regra costumeira não violaria a liberdade de profissão, pois se tratava de uma regulamentação do exercício da atividade, justificada em considerações apropriadas e razoáveis, ditadas pelo interesse coletivo, segundo critérios de conveniência. Segundo o Tribunal Constitucional, a comunidade tem um interesse considerável em que os debates perante o Tribunal possam desenvolver-se em boa ordem, conforme fórmulas tradicionalmente estabelecidas.

anos, com o objetivo de proteger a mãe e a criança de potenciais acidentes. Concluiu o Tribunal que não era defeso ao legislador definir uma idade física e mental para desempenho de determinadas profissões que pudessem pôr efetivamente em risco a vida de outras pessoas, desde que houvesse uma justificativa sólida e proporcional para tal compressão da liberdade (E 9, 341 *apud* Rupp, 1981, p. 492).

O terceiro degrau de ingerência compreenderia os pressupostos objetivos que atingem também a escolha da profissão, quando estipuladas condições de acesso à atividade, estranhas à vontade e à pessoa do candidato, sobre as quais ele não tem domínio, como, por exemplo, nas ocasiões em que o Estado avalia a necessidade de novos profissionais ou fixa um número determinado de vagas, como regulador da concorrência, etc.

No caso examinado pelo Tribunal Constitucional, a lei bávara de 1952, com o objetivo de garantir a saúde pública e o fornecimento de remédios, condicionava a outorga de licença à analise da viabilidade econômica do empreendimento e também à inexistência de comprometimento da situação econômica dos estabelecimentos existentes.

Esse último tipo de intervenção na escolha da profissão foi, pelo Tribunal, considerado, em princípio, atentatório à liberdade de profissão, porquanto somente a proteção de um bem coletivo de importância capital, diretamente legitimado pela Constituição, poderia justificar tais modalidades de restrições. Mesmo assim, seria necessária uma exigência especialmente grave (baseada em riscos reais de dano, e não puramente hipotéticos) para reclamar tal tipo de providência.

Embora tenha qualificado a saúde pública como um bem coletivo de importância capital, o Tribunal Constitucional, após ouvir peritos alemães e estrangeiros, chegou à conclusão de que a liberdade irrestrita de estabelecimento não punha em risco o regular fornecimento de medicamentos, a ponto de se temer que a saúde pública fosse posta em perigo.

A barreira ao livre exercício da profissão de farmacêutico por candidatos qualificados na forma prevista na lei não se justificava plenamente, razão pela qual somente a liberdade de estabelecimento, entendida como ausência de limitações objetivas para admissão à profissão, estava em conformidade com o direito fundamental assegurado na Constituição. O Tribunal considerou suficiente, para garantia da saúde, a imposição de certas condições subjetivas, com base em elementos vinculados à pessoa do candidato, rejeitando os critérios que atribuíam uma competência discricionária de avaliação da necessidade de novos profissionais.

De acordo com Amorim (2001, p. 651), o Tribunal ignorou, pura e simplesmente, os chamados "interesses da categoria" ou o alegado perigo de uma concorrência desenfreada que pudesse prejudicar o consumidor, por conta de profissionais que, premidos por dificuldades econômicas, não observassem as regras éticas e sanitárias, ressaltando que, para assegurar o cumprimento das obrigações profissionais, poderia o legislador

> recorrer à via repressiva, prevendo a penalização do infractor (primeiro 'degrau'- restrições ao exercício) ou ainda prévia limitação do acesso à profissão da posse do requisito subjectivo da idoneidade moral (segundo 'degrau' – pressupostos subjetivos), bastando, assim, para salvaguarda de tal bem intervenções com menor grau de ingerência

A rigidez dos critérios fixados pelo Tribunal Constitucional para controlar a intervenção do legislador na liberdade de escolha da profissão, mormente na fixação de pressupostos subjetivos a serem observados pelos candidatos à atividade, foi, de certo modo, mitigada pelo mesmo Tribunal, quando examinou a regulamentação do acesso às profissões artesanais. O exercício dessas atividades demandava a obtenção do título de mestre em artesanato, por meio da submissão a provas de verificação de aptidão, bem como a inscrição no registro do artesanato. Questionou-se a legitimidade de tais critérios subjetivos, pondo-se em dúvida se os valores eleitos pelo legislador que não estivessem amparados explicitamente na Constituição seriam admissíveis como fundamento para restrição dessa liberdade fundamental.

A análise dos valores que serviriam de justificativa para se restringir a liberdade de profissão levou o Tribunal a refinar o critério por ele estabelecido no julgamento do caso das farmácias, quando proclamou que os requisitos subjetivos, para o acesso à profissão, somente poderiam ser exigidos caso "o bem coletivo a salvaguardar com a restrição fosse particularmente importante e que a proteção de tal bem exigisse necessariamente a restrição" (Amorim, 2001, p. 648).

Por bem coletivo particularmente importante, o Tribunal considerou não somente os valores comunitários absolutos, geralmente reconhecidos e incluídos no ordenamento constitucional (*e.g.*: saúde pública), mas também os valores comunitários relativos, que são os definidos com base em idéias e fins adotados pelo legislador, segundo a concepção axiológica da maioria dos representantes do povo a respeito das prioridades da comunidade. Concluiu-se, portanto, que poderiam ser dignos de proteção os objetivos de natureza socioeconômica estipulados pelo legislador, como, por exemplo, a manutenção do nível de qualificação e de capacitação profissional do artesanato e a garantia de renovação dos seus membros, razão pela qual a prova de aptidão e a inscrição em determinado

registro eram compatíveis com a Lei Fundamental (E 13, 97 *apud* Rupp, 1981, p. 492). Com essa decisão, ampliou-se a margem de liberdade de ação do legislador no condicionamento do acesso às profissões, pois a intervenção, no momento da escolha pela via da fixação de pressupostos subjetivos, não estaria necessariamente vinculada a valores comunitários absolutos expressamente previstos na Lei Fundamental, podendo o legislador erigir outros valores que considerasse relevantes em diferente contexto social e econômico.

3.4 LIBERDADE DE PROFISSÃO NA CONSTITUIÇÃO FRANCESA DE 1958

A liberdade de profissão no direito constitucional francês não se encontra inscrita em nenhum preceito da Constituição de 1958, que, por sua vez, não traz um catálogo de direitos fundamentais, como é da tradição das constituições hodiernas, limitando-se o preâmbulo da Constituição Francesa a brevemente aludir à Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789, e ao preâmbulo da Constituição de 1946, prescrevendo que "O povo francês proclama solenemente a sua vinculação aos Direitos do Homem e aos princípios da soberania nacional tal como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946"[121].

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não prevê a liberdade econômica, como faz para outras liberdades, tais como a liberdade individual e a liberdade de expressão. A doutrina sempre considerou, consoante ressalva Laubadère (1985, p. 232), que "esse silêncio equivalia a um reconhecimento implícito, não tendo sido a liberdade econômica, aos olhos dos constituintes de 1789, senão um dos aspectos da liberdade geral dos cidadãos".

O preâmbulo da Constituição de 1946 reza que "todos têm o dever de trabalhar e o direito de obter um emprego"[122]. Contudo, essa norma foi sempre vista como um direito

[121] "Le peuple français proclame solennellement sont attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946".

[122] Sobre o caráter imperativo do dever de trabalhar e a necessidade de conciliá-lo com a liberdade de profissão, Rivero e Savatier (1975, p. 371) asseveram que "C'est donc au plan des droits de l'homme à l'égard de la société qu'il faut envisager le droit au travail. C'est ce qui explique son apparition dans le Préambule de la Constitution de 1946 : 'Chacun a le devoir de travailler, et le droit d'obtenir un emploi.' La formule est équivoque. En liant le devoir de travailler et le droit à l'emploi, elle pourrait justifier, à la limite, la création d'un service du travail obligatoire où le travailleur serait tenu d'accepter le travail qui lui serait offert. Dans le droit positif français cependant, le droit au travail doit se concilier avec la liberté du travail. On pourrait craindre qu'il fût dès lors dépourvu de portée pratique. De fait, le droit au travail ne saurait être compris comme un droit de créance susceptible de s'exercer directement contre l'Etat pour obtenir un emploi. Mais il est néanmoins à l'origine d'institutions juridiques qui tendent à la régulation du marché du travail et permettent d'en corriger les déséquilibres. Ces institutions donnent aux pouvoirs publics les moyens d'une politique de l'emploi".

social e econômico[123] que vincula o poder público a obrigações positivas, ainda que obrigações de meios e não de resultados, isto é, a promover políticas públicas que permitam a expansão do emprego, sem assegurar um emprego específico a cada cidadão[124]. Tampouco encontra assento explícito, nos princípios do preâmbulo de 1946, a liberdade de profissão, comércio e indústria, persistindo o silêncio constitucional sobre tal liberdade econômica.

A liberdade de profissão e a liberdade de empresa (comércio e indústria) no direito francês estão curiosamente inscritas no artigo 7º de uma simples lei fiscal, ainda não expressamente derrogada, de 2 e 17 de março de 1792, denominada *decret d'Allardes,* que preceitua: "A contar de 1. de abril próximo, qualquer pessoa será livre para fazer qualquer negócio ou exercer qualquer profissão, arte ou ofício que lhe agradar, mas será obrigada a munir-se previamente de *patente*"[125].

Situando-se a liberdade de profissão, comércio e indústria numa regra legal, dividiu-se a doutrina ao determinar qual o status jurídico desse direito. Uma parte da doutrina o qualificou como princípio geral de direito, descrito numa norma legal e, por isso, passível de ser excepcionado por outras leis que limitassem a liberdade de atuação econômica, e, para outra parte, apesar de situado num simples dispositivo de lei, possuiria esse princípio um valor superior de ordem constitucional que o tornava imune à ação do legislador. A dúvida a respeito do valor jurídico (constitucional ou legal) desse princípio somente veio a ser resolvida numa decisão inovadora do Conselho Constitucional acerca do valor jurídico do preâmbulo da Constituição de 1958.

O Conselho Constitucional, ao fazer o controle de constitucionalidade preventivo de uma lei que tratava da liberdade de associação (71-44 DC, de 16 de julho 1971), inovou radicalmente ao decidir que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como os princípios consignados no preâmbulo da Constituição de 1946, integrava o bloco de constitucionalidade. Essa decisão célebre expandiu audaciosamente o controle de constitucionalidade das leis na França, conforme ressaltaram Favoreu e Philip (1989, p.

---

[123] Sobre o assunto, Colliard (1989, p. 787) afirma que "Dans l'expérience constitutionnelle française on présente parfois le droit au travail comme une nouveauté, c'est une erreur. Mais le droit au travail, en France, se présente sous deux caractéristiques: il se dégage mal du problème général de l'assistance, ensuite il ne constitue pas une véritable liberté publique, dans la mesure où il ne s'accompagne en réalité d'aucune action em justice qui puisse en assurer la garantie, à la différence d'une véritable liberté publique."

[124] Como dever de assistência ao trabalhador, garantidor de um emprego específico, o direito ao trabalho já foi contemplado na ordem jurídica francesa na experiência dos Ateliês de trabalho, sendo que a supressão dessa garantia foi a causa principal da revolução de 1848, segundo Colliard (1989, p. 788-789).

[125] "À compter du 1. avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon, mais elle será tenue auparavant de se munir d'une patente". O exercício da atividade seria livre, desde que fosse pago o tributo (*patente)* criado à época (Laubadère, 1985, p. 233).

233-247), pois, além de consagrar de maneira definitiva o valor constitucional e imperativo do preâmbulo, reconheceu o status constitucional dos *princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República*, ampliando, dessa forma, o conceito de conformidade à Constituição, que, desde então, passou a ser a conformidade com um bloco de constitucionalidade que alcançava princípios não explicitamente inscritos em preceitos da própria Constituição de 1958, da Declaração de 1789 e do preâmbulo de 1946. Por outro lado, o Conselho Constitucional viu seu papel francamente expandido, ao se tornar um guardião importante das liberdades públicas, compartilhando com o legislador uma tarefa por ele tradicionalmente monopolizada[126].

Como já dito, o preâmbulo da Constituição francesa de 1958 remete à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e ao preâmbulo da Constituição de 1946 que, por sua vez, reafirma solenemente o compromisso com os direitos consagrados na Declaração de 1789 e com *os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República*, agregando, ainda, outros princípios políticos, econômicos e sociais à Declaração de 1789. Pois bem, o caso julgado pelo Conselho Constitucional tinha por objeto o direito de liberdade de associação sem prévia autorização do Estado[127], o qual não estava expressamente inscrito em nenhum preceito da Declaração de 1789, do Preâmbulo de 1946, nem da Constituição de 1958. Esse direito, porém, estava garantido por uma lei de julho de 1901, tendo o Conselho Constitucional atribuído ao princípio da liberdade de associação, contido nessa lei de 1901, o valor de norma constitucional com fundamento na cláusula contida no preâmbulo de 1946, que protege os *princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.*

Essa relevante decisão do Conselho Constitucional robusteceu a corrente hermenêutica que consignava à liberdade de profissão, comércio e indústria, prevista numa lei de 1792, o status de norma constitucional, incluindo-a na classe dos *princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.*

---

[126] O papel reservado ao juiz na garantia dos direitos fundamentais no direito público francês foi tradicionalmente secundário. Desde a Revolução Francesa, por razões históricas, suspeitou-se mais do judiciário, e, por isso, depositou-se mais confiança no legislador na tutela das liberdades públicas. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, previa em seu artigo 4º que "a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que não aqueles que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. *Estes limites apenas podem ser determinados pela lei*". A Constituição de 1958 prescreve no artigo 36 que "a lei fixa as normas que regulam os direitos e as garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas". O legislador sempre foi tido como o principal guardião das liberdades públicas.

[127] Sobre essa decisão, ver Rivero e Moutouh (2006, p. 657-673).

3.4.1 Liberdade de Profissão e as Intervenções Públicas

Visto o status constitucional do princípio da liberdade de profissão, comércio e indústria, a questão que impende verificar é que tipo de barreira tal valor tem representado às intervenções restritivas do legislador na delimitação desse direito fundamental. Colliard (1989, p. 860) afirma que o destino dessa liberdade tem dependido exclusivamente da vontade do legislador e subsiste debilmente na medida em que e onde o legislador a mantém[128], tendo em vista a facilidade com que se tem invocado a cláusula de ordem pública para derrogá-la.

Laubaudère (1985, p. 237), em função do regime político, social e econômico francês, de tonalidade intervencionista, argumenta que a tese do valor constitucional do princípio da liberdade de profissão teria uma "importância mais teórica que prática". Sobre os limites que poderiam representar para os poderes do legislador (isto é, à pergunta: até que ponto podem ir as restrições legalmente fixadas?), sustenta esse autor uma enorme profundidade das intervenções do Estado no ordenamento constitucional francês, assinalando:

> Mas é preciso compreender que uma lei não poderia ser declarada inconstitucional por violação da liberdade de comércio e indústria a não ser em casos muito limitados. Com efeito, o princípio da liberdade de comércio e indústria tem um significado global geral; ele protege o regime econômico encarado no seu conjunto, não cada comércio e cada indústria, cada actividade económica *de per si*. Nunca ninguém pensou, por exemplo, que esse princípio pudesse proibir o Estado de submeter determinada profissão a uma regulamentação tão restritiva quanto o considere útil e mesmo de lhe suprimir qualquer liberdade erigindo uma actividade em monopólio do Estado, nacionalizando um ramo económico (veremos mesmo que o Preâmbulo de 1946 prescreve ao Estado nacionalizar quando determinadas condições se verificam). Portanto, apenas constituiriam infracções aos princípios medidas abusivamente restritivas que visassem a economia no seu conjunto (tais como, por exemplo, uma socialização geral desta última) ou ainda o comércio no seu conjunto, ou a agricultura, etc.

A vulnerabilidade da liberdade de profissão no direito francês manifesta-se também na utilização freqüente do regime de autorizações para o controle e a programação dessa a liberdade. O regime de autorizações constitui uma derrogação especial da liberdade geral

[128] "Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas un principe absolu, sa portée comporte des limites. Déjà l'article 7 de la loi des 7-17 mars 1961 pose le principe de la liberté sous réserve 'de se conforme aux règlements de police qui sont ou pourraient être pris'. Mais les limitations qui procèdent du pouvoir de police s'ajoutent évidemment aux restrictions que la loi apporte à cette liberté particulière. Le progressif abandon du libéralisme économique a réduit la portée de cette liberté dans la société française actuelle, mais il subsiste une certaine contradiction. [...] Notre droit positif admet l'existence générale d'un principe libéral et d'un principe dirigiste, l'un ou l'autre dominent certaines activités, certaines professions selon le choix du législateur. C'est en quelque sorte un système d'indifférence admettant la 'plasticité' legislative" (Colliard, 1989, p. 859-860).

de atuação, à medida em que interdita tudo aquilo que não é objeto de uma permissão formal do Poder Público. Nas palavras de Rivero (*apud* Amorim, 2001, p. 660), a "autorização prévia é a *bête noir* dos liberais, pois, se ela deixa ao cidadão a liberdade de projeto, ela confisca em proveito da autoridade administrativa a verdadeira liberdade, a de decisão que permite passar do projeto ao ato".

Esse regime de controle preventivo por meio de autorizações se tem mostrado mais sufocador da liberdade quando confere à autoridade administrativa uma competência discricionária para desinterdição da atividade profissional ambicionada pelos indivíduos, mormente ao condicionar as novas autorizações à cláusula "se as necessidades da economia justificarem", destacando Amorim (2001, p. 662) que

> [...] o fundamento mais comum no ordenamento jurídico francês (cuja constitucionalidade parece não ser, de um modo geral, frontalmente questionada) é o que decorre do princípio da contingentação [sic] da oferta profissional em certas actividades: quer através do clássico *numerus clausus,* quer através de um poder de verificação, no sentido de se averiguar, caso a caso, se 'as necessidades estão satisfeitas pelos profissionais já instalados', e se, portanto, 'o interesse geral está suficientemente realizado pelas reservas existentes – devendo os poderes públicos, se entenderem tais necessidades satisfeitas, 'renunciar a modificar a situação.

Em suma, na ordem constitucional francesa, a liberdade de profissão, apesar do valor constitucional a ela atribuído, não se tem entreposto como um obstáculo irredutível ao poder público, ao delimitar as profissões, servindo mais como uma garantia genérica do sistema de mercado, maleável, porém, na configuração dada pelo legislador em cada situação concreta, conforme sublinhado por Laubaudère (1985, p. 237).

3.5 LIBERDADE DE PROFISSÃO NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

A Constituição portuguesa de 1976 alberga a liberdade de trabalho e profissão em seu artigo 47, inserindo-a no capítulo que trata dos direitos, as liberdades e as garantias pessoais,[129] preceituando o seguinte:

> Artigo 47 (liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública)
> 1. Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou gênero de trabalho, salvo as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade.
> 2. Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.

[129] Essa localização é conseqüência da Revisão Constitucional de 1982, pois, na arquitetura originária da Constituição de 1976, esse direito estava inserido no capítulo de direitos e deveres econômicos, ligado ao direito ao trabalho. Amorim (2001, p. 674) sustenta que essa nova arrumação conferiu à liberdade de profissão um status preeminente, dissociando-se qualitativamente da liberdade de empresa, chamada por influência da Constituição Italiana, de livre iniciativa econômica, que se acha situada no rol dos direitos sociais e econômicos.

No direito constitucional português, a liberdade de profissão é tratada como um direito fundamental complexo, pois a sua concretização o põe em relacionamento com outros direitos fundamentais, discriminando a doutrina as dimensões negativa e positiva dessa liberdade. Se a dimensão negativa, como direito de defesa, é comumente aceita, a dimensão positiva é objeto de alguma controvérsia a respeito da sua extensão, sobretudo no que toca à relação entre a liberdade de trabalho e o direito ao trabalho.

A dimensão negativa da liberdade de profissão se manifesta na vetusta função de direito de defesa frente ao poder público, ao proteger o indivíduo de interferências externas na livre expressão da sua vocação, com a finalidade de dispor da força de trabalho, garantindo o direito de: "a) não ser forçado a escolher (e a exercer) determinada profissão; b) não ser impedido de escolher (e de exercer) qualquer profissão para qual se tenham os necessários requisitos" (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 653).

Já a dimensão positiva estaria relacionada com o direito de obter as qualificações necessárias para o exercício das profissões, isto é, com o direito ao ensino, pois àquela liberdade restaria uma promessa irrealizável, se ao indivíduo não fosse assegurada a oportunidade de acesso à educação profissional capacitadora para o exercício de muitas profissões reguladas. Por isso, Miranda (1988, p. 149) argumenta que

> a liberdade de trabalho e de profissão não está isolada de outras liberdades, sem as quais dificilmente teria sentido. Só através dela se concretiza o direito ao trabalho. E exige um conjunto variado de garantias e de incumbências do Estado de modo que se torne uma liberdade igual para todos, de modo que todos, especialmente quantos pertençam a certas categorias ou quantas estejam em situações mais carecidas de proteção, a possam usufruir.

Essa dimensão positiva da liberdade de profissão se dividiria num aspecto substantivo (direito à educação) e num aspecto adjetivo, porquanto, conforme defende Amorim (2001, p. 678), é possível também reconhecer um "direito à efetivação de estruturas organizacionais/procedimentais que garantam condições mínimas (prévias) de igualdade e de imparcialidade nos procedimentos conducentes à obtenção dos ditos requisitos". O direito à efetivação de condições impessoais derivaria de norma expressa da Constituição Portuguesa, inscrita no artigo 58, nº 3, que prescreve incumbir ao Estado assegurar "a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalhos ou categorias profissionais".

Contudo, distingue a doutrina a liberdade de profissão do direito ao trabalho, pelo fato de este último não se amoldar à noção clássica de direito público subjetivo de defesa em face do Estado, como se qualifica tradicionalmente a liberdade de profissão e trabalho.

Embora sejam possíveis conexões entre esses dois direitos[130], advoga Amorim (2001, p. 679-689) haver uma radical diversidade de estrutura entre eles, porquanto o direito ao trabalho constitui um direito social que demanda, em regra, uma ação prestacional do Estado para a sua concretização, ao passo que a liberdade de profissão reclama a abstenção do Estado em promover qualquer tipo de "política que crie obstáculos ao igual acesso dos cidadãos às atividades laborais permitidas".

Trata-se, é verdade, de uma prestação indireta, pois o cidadão não tem garantida a pretensão a um posto de trabalho específico, mas a execução de políticas públicas que estimulem o desenvolvimento econômico e, dessa forma, a geração de empregos. Deve o Estado incumbir-se de zelar pela busca do pleno emprego, tendo o cidadão desempregado, com relação ao poder público, um impróprio direito de crédito que consubstancia numa obrigação de meios (de promover política de pleno emprego) e não de resultados (prover um determinado emprego).

A doutrina realça a diferença entre a liberdade de profissão e o direito ao trabalho, destacando que esses direitos podem até colidir, como ocorre com o problema do pluriemprego: "a liberdade de um indivíduo acumular duas ou mais profissões pode representar um obstáculo a uma política de pleno emprego" (AMORIM, 2001, p. 683), na medida em que, ocupando dois empregos, um indivíduo acaba por privar da oportunidade do direito ao trabalho uma outra pessoa que sobraria desempregada[131].

3.5.1 Distinção entre Liberdade de Profissão e Livre Iniciativa Econômica

A doutrina constitucional portuguesa (Miranda, 1988, p. 147), ao analisar a redação do artigo 47 supracitado, realça a autonomia que a liberdade de profissão ganhou na Constituição de 1976, pois, até então, seguindo o modelo do constitucionalismo liberal, tal

[130] Sobre a conexão entre a liberdade de profissão e o direito ao trabalho, Miranda (1988, p. 151) destaca que "a liberdade de trabalho e profissão mostra uma relação estreita com o direito ao trabalho. Não se lhe assimila, evidentemente, sobretudo quando o direito ao trabalho seja tomado como direito a determinado tipo de prestação a cargo do Estado ou mesmo como direito a uma política de pleno emprego. Mas, em Estado Social, é para que as pessoas possam ter trabalho e, assim, granjear meios de subsistência, que podem escolher uma profissão ou um gênero de trabalho. Assim como, em contrapartida, o direito ao trabalho não pode concretizar-se contra a liberdade de trabalho e profissão: o Estado não pode impor ou impedir determinado trabalho a pretexto da realização do direito ao trabalho."

[131] Canotilho e Moreira (2007, p. 657) ressaltam que, entre as restrições admissíveis por parte do legislador, acha-se a possibilidade de limitar o exercício simultâneo de várias profissões, pois "a lei pode estabelecer incompatibilidades que obstem a que uma profissão seja exercida cumulativamente com outra. O mesmo pode acontecer em relação ao *pluriemprego*. Estas medidas restritivas podem ser, de resto, concretizações de imposições constitucionais (ex.: execução de políticas de pleno emprego, nos termos do artigo 58-2/a), ou de proibições expressamente consagradas na Constituição (ex.: proibição de acumulação de empregos ou cargos públicos, nos termos do art. 269º-4)" (grifo do autor).

liberdade aparecia identificada ou confundida com a liberdade de comércio e indústria[132]. No atual texto constitucional português, as duas liberdades foram dissociadas, pois constam de preceitos distintos também situados em lugares diversos, tendo sido alocada a liberdade de escolha de profissão entre direitos, liberdades e garantias pessoais, ao passo que a liberdade de comércio e indústria (atualmente denominada livre iniciativa econômica[133]) foi posta entre direitos sociais e econômicos. Miranda (1988, p. 149) argumenta que essa autonomia da liberdade de profissão seria expressão da "sua supremacia sobre a liberdade de iniciativa privada e para a valorização do elemento pessoal diante do elemento estritamente econômico".

Essa cisão da liberdade econômica tratada em regras constitucionais diferentes levou a doutrina a construir critérios para distingui-las, tendo em vista a intensidade das restrições a que elas podem ser submetidas, conferindo, com essa discriminação, um maior grau de proteção ao chamado núcleo essencial da liberdade de profissão.

A liberdade econômica constituiria projeção da autonomia privada, no campo econômico da produção, distribuição de bens e prestação de serviços, que se desenvolveria por meio de duas liberdades especiais: a liberdade de profissão e a livre iniciativa econômica (liberdade de empresa). Para tornar essa destrinça operacional, buscou-se identificar os traços qualificadores da atividade profissional, em contraste com a *fattispecie* empresa, a partir de um conceito constitucional de profissão.

Canotilho e Moreira (2001, p. 654) sublinham que essa noção "cobre não apenas as profissões de conteúdo funcional estatutariamente definido, mas também toda e qualquer actividade não ilícita susceptível de constituir *ocupação* ou *modo de vida*", defendendo que a

> *densificação* do conceito deve fazer-se de forma extensiva, englobando as profissões *principais* e as *secundárias*, as profissões *típicas* e as *não típicas*, as profissões *autônomas* e as não *autônomas*. O âmbito semântico-constitucional do termo não abrange apenas as profissões cujo *perfil* tradicional está juridicamente

[132] Miranda (1988: 146) descreve a seguinte evolução dessa liberdade nas constituições portuguesas, até a Carta de 1976:
Art. 145, § 23º, da Carta Constitucional de 1826: "Nenhum gênero de trabalho, cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos".
Art. 23, § 3º, da Constituição de 1838: "É permitido todo o gênero de trabalho, cultura, indústria e comércio, salvo as restrições da lei por utilidade pública".
Art. 3º, § 26º, da Constituição de 1911: "É garantido o exercício de todo o gênero de trabalho, indústria e comércio, salvo as restrições da lei por utilidade pública".
Art. 8º, n. 7, da Constituição de 1933: "Constituem direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses – A liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho, indústria ou comércio, salvo as restrições legais requeridas pelo bem comum e os exclusivos que só o Estado e os corpos administrativos poderão conceder, nos termos da lei, por motivos de reconhecida utilidade pública".

[133] A liberdade de empresa está prevista no artigo 61, nº 1 da Constituição Portuguesa que estabelece: "a iniciativa econômica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral".

> fixado; mas também, as actividades profissionais *novas atípicas* e *não habituais* (grifo do autor).

Esse conceito abrangente proposto por Canotilho e Moreira foi criticado por Amorim (2001, p. 691), que propôs a sua decantação para excluir do seu âmbito específico as iniciativas econômicas precárias, as atividades econômicas irrelevantes, as situações de estado e o exercício de cargos públicos que cairiam na alçada de outros direitos fundamentais, propondo a seguinte definição: "poderá ser considera *profissão* de um indivíduo toda e qualquer actividade laboral por este abraçada e exercida, que lhe seja diretamente imputável (no sentido de seu desenvolvimento implicar, por definição, uma dedicação pessoal e directa) e que se caracterize ainda por ser lícita e apta a constituir a base econômica da sua existência."

O conceito elaborado por Amorim (2001, p. 694) tem por traço central a idéia de pessoalidade da prestação do serviço profissional que assumiria, portanto, uma natureza personalíssima, visto que a profissão deve "implicar uma dedicação imediata, uma entrega pessoal e direta" do profissional. O desenvolvimento dessa atividade subjetivamente imputável ao indivíduo pode exigir uma organização, muitas vezes imprescindível, de recursos e meios de apoio à prestação dos serviços, o que não descaracteriza o caráter pessoal da atividade executada, haja vista as condições peculiares de cada caso (adaptadas às características de cada pessoa), bem como a relação de confiança que se estabelece entre o profissional e o cliente.

Outra nota da definição se revela na exigência de uma atividade caracterizada pela licitude e pela aptidão para constituir a base econômica da existência pessoal do profissional, projetando-se no tempo, o que afasta as iniciativas precárias ou sem relevância social e econômica. O âmbito de incidência do artigo 47 da Constituição Portuguesa tem por objeto dois tipos diferentes de profissões: as privadas e as públicas. As primeiras estariam abrangidas pelo nº 1 do citado artigo e sujeitas a uma regulamentação restritiva de menor intensidade; já as profissões públicas de exercício privado, isto é, quando há delegação de poderes de autoridade, nomeadamente o poder de praticar atos de verificação e certificação, dotados de fé pública, estariam contempladas pelo nº 2 do artigo 47, dispondo o Estado de um poder organizatório mais amplo e profundo sobre elas, por incluírem o exercício de funções públicas.

Embora a profissão seja uma atividade econômica organizada, ela não se ajustaria à noção própria de empresa, pois se insere no mercado de modo particular, em virtude da natureza personalíssima da prestação profissional, ao passo que a empresa, por ser uma

atividade econômica organizada por critérios burocrático-racionais, atua impessoalmente no mercado, oferecendo produtos e serviços padronizados aos consumidores, tendo como características a objetividade e a fungibilidade do produto final, não tendo relevância a pessoa que o presta, mas apenas o serviço em si. Comentando a dualidade estabelecida pelo constituinte, entre liberdade de profissão (art. 47, nº 1) e liberdade de iniciativa econômica (art. 61, nº 1), Canotilho e Moreira (2007, p. 656) ponderam que

> [...] o facto de a liberdade de escolha de profissão ter sido separada da "liberdade de comércio e indústria", à qual estava tradicionalmente associada nas constituições portuguesas anteriores, torna claro que aquela, que é direito de carácter *pessoal*, se distingue da liberdade de empresa ou do direito à iniciativa econômica privada (artigo 61, 1º), que, por sua vez, é um direito de carácter *económico*. O objeto de um é qualitativamente distinto do outro e se a liberdade de empresa pode pressupor, em certa medida, a liberdade de profissão, já a liberdade de profissão é independente da liberdade de empresa (desde logo, porque o exercício desta não constitui, em si mesma uma profissão).

Essa distinção material entre a atividade profissional e a empresa, apesar de problemática em muitos casos limítrofes, deveria ser tomada em consideração pelo legislador à hora de disciplinar o exercício de cada uma delas, pois seria esta a utilidade do tratamento constitucional autônomo da liberdade de profissão no artigo 47, nº 1, em face da livre iniciativa, no artigo 61, nº 1. Ao cindir essas duas liberdades, teria buscado o constituinte conformá-las a intervenções restritivas de cunho diverso, conforme a dimensão dos interesses estatais e comunitários colidentes em cada atividade humana no domínio da produção de bens e serviços.

O profissional nunca teria poder significativo de mercado, visto que a personificação da produção de bens e serviços não permite proporções que afetem a esfera social, da mesma forma que as ações empreendidas pelas organizações empresariais no âmbito próprio da iniciativa privada, motivo pelo qual o legislador estaria obrigado a dimensionar o tipo e o modo de regulação estatal mais adequados à preservação do núcleo essencial da liberdade econômica em cada domínio específico, argumentando Amorim (2001, p. 711) que "os preceitos consagradores da liberdade de profissão e da liberdade de empresa sugerem a imagem de dois círculos concêntricos mal definidos sem uma diferença qualitativa entre si, constituindo um e outro barreiras de proteção da liberdade individual de atuação na economia".

3.5.2 O Conteúdo Essencial da Liberdade de Profissão: Restrições Possíveis

A Constituição Portuguesa prevê, no artigo 18, nº 3, que "as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir de carácter geral e abstrato e não podem ter

efeitos retroativos nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais". Pois bem, para identificar o conteúdo essencial da liberdade de profissão, o primeiro passo estabelecido pela doutrina, apesar das dificuldades dessa separação em situações fronteiriças, foi apartar o objeto desse direito fundamental da liberdade de iniciativa econômica, como já visto; em seguida, buscou-se reconhecer quais restrições são compatíveis com essa liberdade que assegura "o direito de escolher livremente a profissão ou gênero de trabalho, salvo as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade".

A Constituição Portuguesa autoriza o legislador a intervir na liberdade de profissão para limitá-la em duas situações: i. quando o imponha o interesse coletivo; ii. por fatores inerentes à própria capacidade do candidato ao exercício da profissão. Essas duas hipóteses de restrição atingem aspectos distintos da liberdade, com o escopo de preservar valores jurídico-constitucionais diversos. Segundo Amorim (2001, p. 741), para o trabalho analítico de reconhecimento das restrições admissíveis a esse direito, a dicotomia feita pelo Tribunal Constitucional Alemão entre o momento do exercício e o da escolha também se mostra útil na ordem jurídica portuguesa para delimitar as competências do legislador em cada situação.

O primeiro caso de intervenção – cláusula geral do interesse coletivo – atribui ao legislador competência para proteger os valores comunitários relativos, sem uma necessária consagração constitucional, ou seja, aqueles valores que foram eleitos pelo legislador como expressivos dos interesses relevantes da sociedade, com base em opções políticas por ele próprio formuladas. Seriam, portanto, os interesses coletivos que não estão expressamente definidos na Constituição.

Essa margem maior de liberdade do legislador na disciplina do direito confinaria a sua atuação à regulamentação do exercício da atividade profissional pela via da estipulação de condições moduladoras do seu desempenho, com o objetivo de prevenir possíveis danos a terceiros que se relacionam com o profissional. Entre as tradicionais constrições ao exercício, desenhadas pelo legislador, a doutrina arrola os seguintes requisitos: i. obrigação de inscrição em registro profissional; ii. pagamento de contribuições às entidades de controle profissional; iii. sujeição ao ordenamento da profissão; iv. freqüência a estágios obrigatórios (Amorim, 2001, p. 745).

Conquanto se admita uma esfera maior de discricionariedade do legislador na ordenação do exercício da profissão, ele se encontra vinculado à regra da proporcionalidade, que impõe uma "restrição às restrições", conforme fórmula clássica que

proíbe atos inadequados à promoção dos fins pretendidos com a regulação profissional, cargas coativas excessivas e desnecessárias para alcançar e preservar os valores sociais imbricados na atividade profissional e, por fim, as ingerências em si mesmas desmedidas e, por isso, carentes da justa medida, tendo em vista a ponderação entre benefícios coletivos proporcionados à comunidade e o grau de privação imposto à autonomia individual.

O segundo caso de intervenção restritiva do legislador está ancorado na cláusula que faculta barreiras ao momento da escolha da profissão, com base em fatores inerentes à capacidade do profissional. Tais fatores condicionam o acesso à profissão à presença de determinados requisitos subjetivos relacionados à pessoa do candidato e, desta forma, dependentes da sua vontade ou qualificação educacional. Como a intervenção do legislador na escolha da profissão afeta tanto a subsistência do indivíduo como a sua realização pessoal, esses pressupostos subjetivos somente se justificam caso o "bem coletivo a salvaguardar com a restrição seja um direito ou interesse constitucionalmente protegido, um bem portanto particularmente importante" (Amorim, 2001, p. 746), cabendo ao legislador buscar a concordância prática entre os valores constitucionais potencialmente colidentes, com a finalidade de realizá-los na maior medida do possível.

Contudo, o terceiro grau de constrições à liberdade profissional, descrito pelo Tribunal Constitucional Alemão quando desenvolveu a teoria dos "degraus" (*stufentheorie)* como método de ordenação desse direito fundamental, não seria aplicável na ordem constitucional portuguesa, conforme defendido por Amorim (2001, p. 758). De acordo com essa teoria, o terceiro grau compreende os condicionamentos mais lesivos à liberdade de profissão, pois se baseiam em pressupostos objetivos que sujeitam o acesso à profissão a requisitos estranhos à pessoa do candidato que, dessa forma, em nada pode contribuir para a sua inspeção. O direito de ingresso na profissão remanesceria subordinado a um juízo, muitas vezes subjetivo, da autoridade administrativa, a quem competiria averiguar a necessidade de novos profissionais. São dados em doutrina, como exemplos de requisitos objetivos limitadores do acesso não relacionados ao candidato, a "introdução de *numerus clausus* como mecanismo regulador da profissão, ou de sistema de autorizações dependentes de uma apreciação de necessidades objetivas (em que fosse possível, por exemplo, negar a alguém o acesso a uma profissão por esta estar saturada)" (Amorim, 2001, p 758). Sobre os limites para o acesso às profissões, Canotilho e Moreira (2007, p. 657) argumentam que

> Os limites relativos aos *pressupostos subjectivos* (qualificação pessoal, capacidade, habilitações) são admissíveis, desde que, como é óbvio, sejam

> teleologicamente vinculados (interesse público) e não violem o princípio da proibição do excesso (necessidade, exigibilidade e proporcionalidade). Não podem estabelecer-se requisitos acadêmicos (graus ou formações) que não sejam essenciais ao exercício da profissão.
> No acesso à profissão, se as *restrições de índole subjetiva* (capacidades e habilitações acadêmicas, idade mínima) podem ser justificadas no caso de muitas profissões, se necessárias e proporcionais, já as *restrições de índole objectiva* (numerus clausus, contingentação são, em princípio, injustificáveis. De resto, o 'malthusianismo' profissional pode ser estabelecido enviesada mente de várias formas indirectas, como a contingentação do acesso às formações acadêmicas necessárias ou a instituição de exames desproporcionadamente eliminatórios de entrada nas profissões.

A utilidade da cisão da liberdade econômica entre "liberdade de profissão e trabalho" e "livre iniciativa" (tratadas em preceitos constitucionais distintos e também alocadas em regiões diferentes da Constituição), residiria, segundo Amorim (2001, p. 760), na necessidade que sentiu "o constituinte de separar as águas, e salvaguardar, em compensação, uma reforçada liberdade de *profissão*, no círculo dos direitos fundamentais mais ligados à dignidade da pessoa humana" (grifo do autor), o que implicaria um sistema de restrições menos agressivo dessa liberdade e, portanto, um núcleo essencial do direito menos elástico do que o da livre iniciativa econômica.

Daí que um sistema de autorização condicionador da liberdade econômica (baseado na verificação de pressupostos objetivos estranhos ao candidato ou que exija meios técnicos ou financeiros dos interessados a operar em determinado ramo de atividade) apenas poderia incidir sobre as atividades empresarias que se encontram no âmbito de proteção da regra constitucional da livre iniciativa econômica, porquanto, neste caso, a Constituição utiliza termos que vão significativamente mais longe, outorgando uma margem maior de discricionariedade, ao preceituar que a "iniciativa econômica privada exerce-se livremente *nos quadros definidos pela Constituição e pela lei*", convertendo a liberdade de empresa num direito fundamental bastante enfraquecido.

Esse tipo de intervenção mais aguda na liberdade de acesso a certas atividades profissionais também comportaria profissões caracterizadas pelo exercício privado de funções públicas, conforme consignado no artigo 47, nº 2, visto que a outorga de poderes de autoridade aos particulares legitimaria as barreiras de ingresso, bem como um controle maior do Estado sobre o exercício das atividades dependentes do manejo de poderes públicos.

Em suma, o alcance e a autonomia do artigo 47, nº 1, teriam por objeto uma esfera especial da liberdade, isto é, o direito de acesso e livre escolha da profissão, protegendo, dessa forma, o conteúdo essencial de cada profissão reconhecida socialmente conforme a sua imagem típica, de sorte que somente poderiam ser admitidas as condições subjetivas por fatores inerentes à própria capacidade do profissional (qualificação acadêmica),

quando indispensáveis para acautelar danos a outros valores constitucionalmente protegidos. Estaria excluída, na regulação do acesso à profissão, a possibilidade de a escolha ser subordinada a pressupostos objetivos estranhos ao candidato. Também violaria esse núcleo essencial a intervenção estatal que viesse a suprimir ou interditar completamente o direito de acesso à profissão. De acordo com Amorim (2001, p. 764), o Estado, na ordem constitucional portuguesa, não disporia de "um poder genérico de estatizar toda e qualquer actividade econômica ou profissional tradicionalmente configurada como privada".

3.5.3 Jurisprudência do Tribunal Constitucional: o Profissionalismo e o Acesso Restrito à Atividade Farmacêutica (Acórdão 76, de 6 de maio de 1985).

O Tribunal Constitucional português pronunciou-se, no acórdão nº 76/85, sobre a regulamentação prevista na Lei 2125, de 20 de março de 1965, que estabelecia as condições para o exercício da atividade farmacêutica e impunha reservas ao acesso a ela, atrelando a propriedade das farmácias aos farmacêuticos. Decidiu o Tribunal que era constitucionalmente legítimo ao legislador consagrar o princípio da indivisibilidade da propriedade e da direção técnica das farmácias, limitando, portanto, o direito à propriedade privada e à liberdade de iniciativa econômica, com base na pressuposição de que a dissociação entre a propriedade e a direção técnica das farmácias implicava riscos para a saúde pública que o legislador deveria evitar.

O tema enfrentado pelo Tribunal Constitucional português é um assunto caro ao profissionalismo, como um princípio de controle ocupacional, isto é, como método de controle do trabalho em contraste com o livre mercado e o modelo burocrático-legal de organização empresarial, conforme descrito por Freidson (2001). Nesse caso, o Tribunal rechaçou argumentos próprios do modelo do livre mercado e do modelo burocrático-empresarial, ao manter o privilégio do farmacêutico de ser titular da propriedade da farmácia.

De acordo com o Tribunal Constitucional, era da tradição do ordenamento jurídico europeu e português limitar o acesso à propriedade das farmácias, restringindo-o aos detentores do título acadêmico de farmacêutico, pois "tal limitação está por via de regra associada ao efectivo exercício da direção técnica da farmácia pelo proprietário farmacêutico, em obediência ao princípio da indivisibilidade da propriedade e da direção técnica da farmácia", destacando, na Alemanha, "o princípio fundamental da legislação sobre farmácias, a chamada BApoG (Lei federal das farmácias, de 20 de agosto de

1960)" que se poderia "resumir nestas palavras: o farmacêutico na sua farmácia (*Apotheker in seiner Apotheke*)".

Para o relator Conselheiro Monteiro Diniz, a dissociação entre a propriedade da farmácia e a sua direção técnica comportaria riscos à saúde pública e ao consumidor, em virtude da débil proteção proporcionada à autonomia e à independência técnica do farmacêutico, asseverando que

> O diretor técnico, a aceitar aquela dissociação, teria o estatuto jurídico de trabalhador por conta de outrem, ao serviço do proprietário do estabelecimento, ficando sujeito ao conjunto de poderes patronais comuns, designadamente ao poder de direção e ao poder disciplinar. Sobre ele recairiam deveres característicos da situação de trabalhador por conta de outrem, dos quais merecem destaque o dever de obediência, o dever de lealdade e do dever de não lesar os interesses patrimoniais da entidade patronal.

Sublinha ainda o juiz relator que o farmacêutico, ao preparar, conservar e distribuir medicamentos, exerce uma atividade sanitária de interesse público, cumprindo um importante papel pedagógico e esclarecedor na disciplina do seu uso, razão pela qual os interesses da saúde pública justificariam restrições ao direito de propriedade e de liberdade econômica no setor farmacêutico. Como a saúde pública era um valor tutelado constitucionalmente, não se mostrava inadequada a opção do legislador de considerar que "*farmacêutico* ***proprietário*** dispõe de condições preferenciais relativamente ao *farmacêutico director técnico,* para prosseguir a actividade de interesse público que lhes está acometida", pois os deveres de deontologia profissional estariam mais bem preservados com a obrigação de uma farmácia pertencer sempre a um farmacêutico que a dirige pessoalmente.

Lembra o relator que a liberdade de iniciativa econômica somente pode ser exercida nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e que não há uma garantia constitucional de acesso ilimitado a todas as áreas econômicas, de sorte que a "reserva de propriedade das farmácias para os farmacêuticos, com a conseqüente exclusão ao acesso àquela dos cidadãos que não detêm tal título profissional, constitui um meio adequado para prosseguir os objetivos de proteção da saúde pública intentados pelo legislador".

Embora tenha o Tribunal Constitucional português considerado a associação entre "a propriedade de farmácia" e "a profissão farmacêutica" uma restrição à propriedade e à liberdade de iniciativa justificável em razão da proteção da saúde pública (que correria potenciais riscos caso não se assegurasse esse regime especial de tutela à autonomia e independência do profissional farmacêutico), essa decisão não foi tomada por unanimidade, e vale a pena conhecer as razões do voto vencido do Conselheiro Vital

Moreira por destacar o conflito entre os valores do profissionalismo e o princípio da igualdade e da liberdade de iniciativa.

Para esse conselheiro, a reserva de propriedade das farmácias para os farmacêuticos constituía uma prerrogativa corporativa que violava o princípio da igualdade, e não havia qualquer interesse público que impusesse ou justificasse tal tipo de privilégio a uma categoria profissional.

Vital Moreira aquiescia ao argumento do relator de que, ao associar propriedade e direção técnica do estabelecimento à condição de habilitado em farmácia, a legislação disciplinadora do acesso à atividade farmacêutica não ofendia o direito de propriedade, tampouco a liberdade de iniciativa privada, pois esses direitos não eram absolutos e ilimitados e, portanto, podiam somente ser exercidos dentro dos quadros traçados pela Constituição e pela lei.

Também acolhia o argumento de que a reserva para os farmacêuticos do acesso à propriedade das farmácias não constituía um monopólio, pois "a noção de monopólio exige, pelo menos, uma posição de domínio no mercado por um empresa ou grupo fechado de empresas", ressalvando que, pelo contrario, "uma das justificativas da reserva de propriedade das farmácias reside precisamente no objectivo de evitar a concentração da propriedade das farmácias, obrigando à sua dispersão".

Contudo, rejeitava a assertiva de que quem podia o "mais" – interditar o direito de propriedade e a livre iniciativa no setor de farmácias – poderia o "menos", isto é, restringir a propriedade privada das farmácias a determinadas categorias de cidadãos, no caso, à corporação dos farmacêuticos. Para o juiz vencido, esse silogismo não estava correto, pois tal regime personalizado de propriedade não era um "menos", com relação à proibição geral desse tipo de propriedade a todos os cidadãos, porquanto "o critério que poderia eventualmente justificar uma hipotética colocação das farmácias fora do comércio jurídico privado teria carácter ***objectivo***, enquanto que o critério de reserva da propriedade das farmácias para os farmacêuticos possui carácter ***subjectivo***, pois se socorre necessariamente de distinções entre categoria de pessoas".

Na concepção do voto vencido, não bastava que a restrição fosse objetivamente lícita, mas era ainda necessário averiguar sua compatibilidade com o princípio da igualdade, sobretudo no caso em exame, no qual se limitava o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa, com "base em distinções de carácter profissional", criando "um verdadeiro e próprio exclusivo de base corporativa". Dada a qualificação de limitação

como uma espécie de prerrogativa corporativa, isto é, de privilégio exclusivo dos titulares de determinado estatuto profissional, era imprescindível verificar a sua legitimidade constitucional, notadamente a necessidade e a congruência da reserva da propriedade das farmácias aos farmacêuticos para a concretização de valores e interesses públicos protegidos pelo ordenamento jurídico.

Ainda segundo esse raciocínio, o privilégio criado pela lei, em favor dos farmacêuticos, era constitucionalmente ilegítimo, pois os objetivos de interesse público a justificarem a discriminação em benefício da categoria profissional poderiam ser alcançados por outros meios legais, que não lesavam o princípio da igualdade. Essa afirmação foi motivada pelos argumentos abaixo relatados.

A atividade farmacêutica de produção, distribuição e comercialização de remédios era importante para a saúde pública e merecia especial vigilância do Estado, a fim de garantir a correção ética e sanitária na distribuição dos fármacos, para que os consumidores fossem adequadamente informados e providos de serviços técnicos competentes. Todavia, de acordo com o voto vencido, para salvaguardar tais interesses, não era necessária a reserva de propriedade para os farmacêuticos, mas bastavam duas coisas: a) a obrigação de ter cada farmácia um diretor-técnico farmacêutico; b) a preparação de fármacos manipulados na farmácia, sob a responsabilidade do diretor-técnico, bem como a venda de medicamento ser feita diretamente pelo farmacêutico responsável ou por colaboradores seus.

Um argumento comumente lançado para fundamentar a propriedade privilegiada da farmácia pelos farmacêuticos, isto é, a indivisibilidade da propriedade da direção técnica, era a necessidade de preservar a independência ético-funcional do profissional farmacêutico, que correria risco caso a propriedade da farmácia fosse aberta a leigos. Haveria, portanto, no setor farmacêutico, uma incompatibilidade entre a independência ética e a relação de trabalho subordinado. Sustentou o conselheiro Vital Moreira que

> [...] não existe qualquer incompatibilidade de princípio entre a relação de trabalho por conta de outrem e o exercício de uma profissão deontologicamente informada, designadamente as chamadas "profissões liberais". Na medida em que existe conflito, ele é resolvido a favor da independência profissional. É esta a regra geral do direito laboral: é a independência profissional que limita a dependência laboral e não esta que limita aquela. Ao exercer a sua profissão por conta de outrem, o farmacêutico *não tem de ser menos livre e menos independente do que ao exercê-la por conta própria*" (grifo do autor).

A compatibilidade das relações de trabalho subordinadas com a autonomia ética e técnico-profissional seria um princípio largamente aceito no direito do trabalho e válido em diversas outras profissões reguladas, motivo pelo qual não haveria justificativa para que os farmacêuticos representassem uma exceção. Por outro lado, relembra o voto

vencido que, na mesma situação – relação de trabalho subordinada –, estavam os farmacêuticos quando trabalhavam em laboratórios, ressaltando que "o farmacêutico director-técnico de um laboratório pertencente a outrem (pode ser, aliás, uma empresa individual) não é, certamente, no entendimento da lei, menos independente do que seria o director-técnico de uma farmácia pertencente a um não farmacêutico (ou, para o caso tanto faz, pertencente a *outro farmacêutico*)" (grifo do autor). Por isso, a autonomia técnica e ética da profissão farmacêutica não serviria como argumento bastante para justificar o privilégio profissional na propriedade das farmácias. Não haveria, ademais, provas empíricas que confirmassem a suposição de que

> [...] o farmacêutico ***doublé*** de proprietário de farmácia faz sobrepor os valores da profissão aos interesses proprietários. Se os dois papéis são conflituosos quando investidos em pessoas distintas, seguramente *não passarão a ser harmoniosos só porque acumulados na mesma pessoa.* O problema que surge é, pois, o de saber o que é que prevalece na figura dupla do **proprietário-farmacêutico**: *se é a deontologia do farmacêutico que* ***morigera*** *os interesses mercantis do* ***proprietário,*** *ou se são estes que limitam e subvertem aquela*" (grifos do autor).

Rejeitou ainda o voto vencido a dicotomia entre reserva de propriedade e propriedade livre, ao sublinhar que, à míngua da reserva corporativa de propriedade, não se cairia inexoravelmente num regime dominial completamente livre e, portanto, nocivo aos interesses públicos, pois, à disposição do legislador, estaria todo um conjunto de "instrumentos gerais de restrição e condicionamento do exercício da liberdade de empresa: estabelecimento de incompatibilidades entre a propriedade das farmácias e o exercício de certas profissões ou a propriedade de determinados estabelecimentos, proibição de mais do que uma farmácia pela mesma entidade, contingenciamento das farmácias, de acordo com a área e a população, etc., tudo isto podendo ser controlado preventivamente, através da concessão de licença ou autorizações administrativas."

Portanto, não seria indispensável restringir a propriedade da farmácia aos membros da própria profissão, a fim de regular a criação de farmácias ou obstar a concentração da propriedade delas ou, ainda, impedir o acesso a elas por certas categorias de pessoas, como médicos, laboratórios farmacêuticos ou outras entidades. Tais objetivos seriam tuteláveis por outros meios idôneos de delimitação da liberdade de empresa, que provocariam menos agravos ao princípio da igualdade.

Concluía, ademais, o conselheiro Vital Moreira que, além de inadequada para a tutela da saúde pública, a reserva da propriedade em benefício do farmacêutico estimulava a fraude, ao favorecer a figura do "farmacêutico testa-de-ferro". Ao fim,

quem restava prejudicado era o consumidor, pois o proprietário fictício vinha acompanhado da qualidade de diretor ausente.

Enfim, o voto vencido rejeitava a tese de que a coincidência da propriedade da farmácia e a responsabilidade técnica na mesma pessoa seria um critério adequado e necessário para a proteção do interesse público no campo da saúde pública. Seria, ao contrário, uma prerrogativa corporativa gravosa ao princípio da isonomia, revelando-se um privilégio ilegítimo em benefício de uma categoria profissional.

O profissionalismo, conforme definido por Freidson (2001), constitui uma terceira lógica de organizar e controlar o trabalho sob a direção dos próprios membros da profissão. Esse modo de organizar e controlar o trabalho convive com os dois outros modelos ideais: o livre mercado e a organização burocrático-legal (empresa). O caso julgado pelo Tribunal Constitucional põe em destaque o confronto entre os modelos profissional e burocrático-legal (empresa), pois o legislador, ao se apegar à imagem tradicional da profissão que bem está resumida na máxima "o farmacêutico em sua farmácia", busca proteger essa atividade, impedindo que o modo de organização empresarial assuma a gestão das farmácias.

Segundo Freidson (1988, p. 251), toda profissão, uma vez conquistado um nicho de mercado, tem um projeto de manutenção desse mercado, o qual envolve, entre outros mecanismos, impedir o ingresso de leigos na organização da atividade, com o argumento de que essa presença estranha põe em risco a autonomia da profissão. Por isso, quando a legislação admite que os profissionais se organizem em sociedades, normalmente veda a participação de leigos na sociedade profissional, ainda que estes sejam apenas sócios capitalistas, e não praticantes.

No caso das farmácias portuguesas, a reserva de propriedade para os profissionais teria essa função de impedir a lógica empresarial de assumir a gestão das farmácias, reservando-a para a profissão.

Em glosa feita ao citado acórdão, Amorim (2001, p. 772) anota que a questão não teria sido posta nos termos adequados pelas partes e pelo próprio Tribunal, pois não haveria uma "verdadeira e própria propriedade", mas sim uma reserva de profissão para os habilitados a exercê-la, o que afastaria o estigma de exclusivo corporativo dado pelo voto vencido. Isso porque a "farmácia é, antes de mais nada, o *exercício* de uma profissão; e como tal não constitui objecto de um direito de propriedade, mas o próprio desenvolvimento da profissão de farmacêutico" (grifo do autor), visto que a farmácia e o

farmacêutico são conceitos tradicionalmente indissociáveis, compondo a imagem social e legalmente consolidada da citada profissão, o que inexoravelmente incluía a própria atividade desenvolvida no interior do estabelecimento (produção de fármacos e venda de remédios). Ressalva que o objeto de direito de propriedade poderia ser o estabelecimento – universalidade de bens que constituem os apetrechos técnicos da profissão – , mas tais bens não se confundiam com o exercício da atividade.

Não teria pertinência no debate a afirmação do princípio da indivisibilidade da propriedade e da direção técnica das farmácias como uma limitação ao direito de propriedade, porquanto se trata, na realidade, de uma "incindível profissão intelectual protegida cujo acesso a lei exige o título acadêmico da licenciatura em ciências farmacêuticas, constituindo, esta sim, uma restrição legítima de escolha de profissão" (Amorim, 2001, p. 772), concluindo que dissociar farmácia e farmacêutico representaria um deformação na imagem social e legalmente construída da profissão, o que afeta o seu conteúdo essencial.

Amorim (2001, p. 780) também critica a omissão do acórdão, ao não censurar (não chegou a examinar) os pressupostos objetivos para o acesso à profissão baseados em critérios geográficos (distância mínima entre as farmácias) e demográficos (número de habitantes por farmácia) que provocam a contingência do mercado, condicionando a entrada na profissão a requisitos estranhos à pessoa do candidato, que pouco ou nada contribui para a sua verificação. Por outro lado, submete a liberdade de estabelecimento a um sistema de autorizações administrativas dependentes de apreciação de necessidades objetivas incompatíveis com o conteúdo essencial da liberdade de profissão na ordem constitucional portuguesa, que não admite esse grau de restrição.

O regime de acesso à atividade farmacêutica em Portugal foi objeto recente de análise em um estudo feito pela Autoridade da Concorrência[134] portuguesa, que, entre outras considerações, censurou a dupla restrição em comento, ou seja, a exclusividade corporativa da propriedade das farmácias e a limitação do número de estabelecimentos por critérios demográficos e territoriais, por violarem o direito da concorrência. Essa regulamentação foi considerada barreira anticompetitiva, que garante um mercado cativo e uma confortável renda de monopólio às farmácias, em detrimento do consumidor, que recebe serviços de qualidade duvidosa, porquanto, imunes à concorrência por novos

[134] Trata-se da Recomendação nº 01/2006, da Autoridade da Concorrência, que sugere medidas para reforma do quadro regulamentar das farmácias, com vistas à promoção da concorrência do setor (disponível em www.autoridadedaconcorrencia.pt).

estabelecimentos, não teriam as farmácias incentivos para a modernização de instalações, melhora na qualidade da atividade e também para disputa dos consumidores, por meio da concorrência de preços, quando possível.

A respeito do polêmico princípio da indivisibilidade da propriedade da farmácia e da direção técnica, a Autoridade da Concorrência argumentou, no citado estudo, (Recomendação nº 1/2006, p. 52) que

> A limitação do acesso à propriedade por parte de entidades sem a qualificação de farmacêuticos, afecta princípios básicos em que assenta uma economia de mercado, nomeadamente, o princípio da igualdade de oportunidades, o princípio da livre concorrência e o princípio da equidade, tendo por efeitos criar perdas de eficiências produtiva das farmácias;
> Acresce que a mesma se revela contrária à especialização do capital humano e das profissões, base da economia moderna, não permitindo, por outro lado, uma afectação eficiente dos recursos;
> A obrigatoriedade da acumulação da propriedade e da direcção técnica da farmácia na mesma pessoa (farmacêutico), concentra, em vez de separar como seria desejável, os interesses econômicos e de boa gestão com as preocupações de defesa da saúde pública não se encontrando qualquer justificação objectiva pra tal;

Quanto à segunda barreira – limitação ao direito de estabelecimento com base em critérios geográficos e demográficos, a fim de garantir a oferta dos serviços em todos os aglomerados urbanos, evitando a concentração nas zonas mais densamente povoadas (critérios objetivos de acesso à profissão) –, a Autoridade da Concorrência (Recomendação nº 1/2006, p. 51) avaliou que

> A definição administrativa da localização das farmácias através de critérios *ad hoc*, de natureza quantitativa, com fundamento numa garantia de cobertura territorial adequada, evitando a deslocação das farmácias para zonas de maior densidade populacional e da "viabilidade econômica das empresas", não resulta do mercado ou de qualquer planeamento centralizado, assim como o facto da decisão do "momento" de entrada de novos agentes estar dependente de decisão administrativa, igualmente *ad hoc*, constituem graves barreiras, na medida em que a entrada de novas empresas, protegendo os lucros das empresas já estabelecidas, ainda que ineficientes.

As críticas lançadas pela Autoridade da Concorrência de Portugal revelam também o confronto entre o modelo do profissionalismo como lógica de organização do mercado e o direito antitruste, sendo que as principais ameaças aos "abrigos de trabalho" (Freidson, 2001) proporcionados pelas profissões advêm da aplicação do direito antitruste, considerando não haver distinções justificáveis para um estatuto especial para as profissões com relação às demais atividades econômicas, submetendo-as todas ao direito da concorrência.

3.6 LIBERDADE DE PROFISSÃO NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978

3.6.1 Considerações Gerais

A liberdade de profissão na Constituição da Espanha de 1978 está disciplinada no artigo 35, nº 1[135], que preceitua: "Todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, bem como à livre escolha de profissão ou ofício [...]", bem como no artigo 36[136], que reza: "A lei regulará as peculiaridades próprias do regime jurídico dos Colégios Profissionais e o exercício das profissões tituladas [...]". Por sua vez, a liberdade de empresa está dissociada da liberdade de profissão e vem prevista no artigo 38[137], que estabelece: "É reconhecida a liberdade de empresa no âmbito da economia de mercado. Os Poderes Públicos garantem e protegem o seu exercício e a defesa da produtividade, de harmonia com as exigências da economia geral e, se for caso disso, de planificação."

Essas normas integram o título dedicado pela Constituição aos direitos e deveres fundamentais (Capítulo II – "Direitos e Liberdades"), localizando-se especificamente na Seção II, que trata dos direitos e deveres dos cidadãos. A liberdade econômica (liberdade de profissão e de empresa) não foi incluída dentro do espaço reservado para as clássicas liberdades públicas, que estão reunidas na 1ª seção do citado capítulo ("Dos direitos fundamentais e das liberdades públicas").

Essa circunscrição da liberdade de profissão fora da 1ª seção ("Dos direitos e liberdades fundamentais") significou uma menor proteção constitucional, pelo fato de o cidadão não gozar, para tutela da citada liberdade, do direito de acesso direto, pela via expedita do recurso de amparo, ao Tribunal Constitucional, conforme previsto no artigo 53, 2º,[138], da Constituição Espanhola. Também restou a liberdade de profissão excluída da reserva formal do quorum de maioria absoluta do Congresso, prevista no artigo 81 da

[135] Artículo 35.1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

[136] Artículo 36. La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos.

[137] Artículo 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

[138] Artículo 53. – 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Constituição Espanhola para lei orgânica, isto é, leis que tratam do desenvolvimento dos direitos fundamentais e das liberdades públicas.

3.6.2 Distinção entre os Conceitos de "Escolha" e "Exercício" de Profissão nos Artigos 35.1 e 36 da Constituição Espanhola

A liberdade de profissão foi tratada também na Constituição Espanhola, como um direito autônomo em relação à liberdade de empresa, bem como foi ela cindida pelo constituinte em dois aspectos distintos: o momento da escolha previsto no artigo 35, 1º (direito de livre escolha de profissão e ofício) e o momento do exercício inscrito no artigo 36 (lei regulará o exercício das profissões tituladas). Essa dicotomia entre escolha e exercício das profissões[139], que já tinha sido feita pelo Tribunal Constitucional alemão, foi acolhida pela Constituição Espanhola e tem sido aplicada pelo Tribunal Constitucional espanhol, sobretudo na árdua tarefa de determinar o conteúdo essencial da liberdade de profissão, conforme se verá na jurisprudência infra-examinada.

O direito de livre escolha da profissão ou ofício (art. 35, nº 1) e a liberdade de empresa, no ordenamento constitucional espanhol, tal qual no direito alemão, são emanações especiais da liberdade geral do livre desenvolvimento da personalidade, proclamada como fundamento da ordem política e da paz social, pelo artigo 10, nº 1,[140], da Constituição Espanhola, que expressa reconhecimento do princípio *pro libertate* no mundo econômico de produção e distribuição de bens e serviços. Na doutrina, Lopes Ramon (1983, p. 662) sublinha que "el interés protegido con la libertad profesional es el interés de los ciudadanos por desarrollar sus capacidades, aplicar sus aptitudes y enriquecer en suma su personalidad a través del trabajo".

Da garantia literal do artigo 35,? 1º, da Constituição Espanhola ("Todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, bem como à livre escolha de profissão ou ofício") e da conexão com outras liberdades pessoais e do direito de livre desenvolvimento da personalidade, sublinha a doutrina (LOPES RAMON, 1983, p. 663), ainda, o clássico perfil conceitual dessa liberdade como um direito subjetivo de defesa,

[139] Sainz Moreno (1996, p.618) argumenta que, embora as noções de escolha e exercício não sejam radicalmente separáveis, esse artifício exegético é útil, porque ajuda a explicar razoavelmente o distinto alcance da intervenção legislativa na regulação de cada um desses aspectos, restringindo o poder do legislador de tomar decisões que afetem a escolha, permitindo, contudo, uma maior liberdade de ingerência na disciplina do exercício da profissão, desde que não interfira na liberdade primária de eleição da profissão e ofício.

[140] Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social

que se ergue contra normas do poder público que intentem: i) impor aos indivíduos o exercício de profissões conforme critérios gerais estabelecidos por uma autoridade pública; ii) constranja os indivíduos, em caso concreto, a um trabalho obrigatório; iii) elimine em caráter geral o exercício de determinada profissão ou ofício; iv) proíba o exercício de profissão a certos grupos sociais (*e. g.*: mulheres ou portadores de necessidades especiais), o que também viola o princípio da igualdade, caso a discriminação não tenha fundamento em critérios racionais e justificáveis.

Embora a Constituição preveja um dever de todos trabalharem, essa regra não tem o condão de autorizar o trabalho forçado, visto que seria incompatível com o princípio *pro libertate* e com o direito de livre escolha da profissão e ofício, ressalvando, porém, que os deveres gerais de colaboração pessoal impostos a todos pela Constituição nos artigos 30.4 e 31.3 não configuram as hipóteses mencionadas de imposição compulsória de trabalho, as quais colidem com a liberdade de profissão.

Se o artigo 35.1 da Constituição Espanhola alude à liberdade de escolha da profissão, cuja intervenção legislativa deve reduzir-se ao mínimo indispensável para evitar danos aos direitos de outrem consagrados constitucionalmente (exigência de requisitos subjetivos de qualificação), conforme a jurisprudência consagrada pelo Tribunal Constitucional alemão (que teria influenciado o modelo espanhol), o artigo 36 da Constituição Espanhola ("A lei regulará as peculiaridades próprias do regime jurídico do Colégio Profissionais e o exercício das profissões tituladas [...]") cuida da competência para regulamentação do exercício das profissões tituladas. Na ordenação do exercício da profissão, isto é, o modo e a maneira como ela será desempenhada, ao legislador teriam sido franqueadas intromissões mais intensas em virtude da repercussão da atividade profissional na esfera social. Outra particularidade da regra ora analisada é a previsão constitucional da entidade de auto-regulação profissional (Colégio Profissional), que compartilha com o Estado o poder de disciplina da profissão titulada, quando o legislador também cria e torna compulsória a inscrição nessa entidade. Interpretando os artigos 35.1 e 36 da Constituição Espanhola, Muñoz Machado *et alli* (1983, p. 120-121) ponderam que

> La explicación que puede hacerse del contenido de los artículos 35.1 y 36 de la Constitución coincide sustancialmente con el que hemos visto expresado en la doctrina y la jurisprudencia alemanas en relación con un precepto semejante inserto en una constitución también de características similares.
> También entre nosotros puede distinguirse, e incluso con mayor razón entre la libertad de elección de la profesión (recogida y prevista en el artículo 35.1 de la Constitución) y el ejercicio de la misma (regulado en el ya citado artículo 36 de la propia Constitución). Aquel aspecto previo de la actividad profesional (libertad de elección) no admite prácticamente restricciones que no deriven de

> las puras disponibilidades de plazas en los establecimientos de enseñanza. El ejercicio profesional, que es el aspecto concreto a que se refiere el artículo 36, puede ser regulado, pero con los límites y condicionamientos ya expresado y que en el texto de nuestra Constitución tienen similares apoyos, con algunos matices que exponemos a continuación.

3.6.3 Conceito de Profissão Titulada do Artigo 36 da Constituição Espanhola

No direito espanhol, a doutrina e a jurisprudência se debruçaram sobre o conceito de profissão titulada, discutindo o tipo de título necessário para a configuração de tal profissão, isto é, se o título exigido pela Constituição era o título acadêmico ou o profissional[141]. Por *título acadêmico,* entende-se aquele alcançado após a conclusão de curso superior universitário que habilita para o exercício de certa profissão, conforme definida legalmente, ao passo que o *título profissional* seria uma certificação oficial da aptidão de alguém para o exercício de uma atividade laboral, após ter superado provas específicas de verificação da capacidade. Para a obtenção do título profissional, pode o legislador exigir a posse de prévio título acadêmico específico (como faz para o notário), ou não fazer estipulação específica (gestor administrativo), permitindo que os detentores de múltiplas formações acadêmicas concorram para a conquista do título.

Conforme explica Souvirón Morenilla (1989, p. 28-51), a regulação profissional na Espanha está sujeita a diferentes graus de intensidade da intervenção do legislador. Partindo das profissões abertas, isto é, daquelas de acesso incondicionado, cuja escolha e exercício são livres[142], caminha-se em direção às profissões fechadas, cujo acesso e exercício dependem da obtenção de título determinado pelo Estado, que, assim, delimita legalmente a profissão, ao vincular certa capacidade atestada pelo título a um conjunto de atribuições e funções que se tornam privativos de quem o ostenta[143].

---

[141] O artigo 149 da Constituição espanhola, ao definir matérias de competência legislativa do Estado, atribui-lhe o poder de regular títulos acadêmicos e profissionais, nos seguintes termos:
Artículo 149.
El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias [...]
30. Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de **títulos académicos y profesionales** y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia. (grifei).

[142] Entre as profissões abertas estão também aquelas que, apesar de haver um título acadêmico universitário, o legislador não vinculou a esse título um conjunto privativo de atribuições profissionais, mas apenas se preocupou em regular as condições para obtenção do título acadêmico e para a sua proteção.

[143] Nas palavras do próprio Souvirón Morenilla (1989. p. 51), "Aunque, en principio el constituyente contempla la configuración de las profesiones como un campo regido por el principio de libertad social, cuando se trata de actividades que por razones de interés publico apreciadas por el legislador deban efectuarse necesariamente al amparo de un título (mediante el ejercicio de saberes que el mismo acredita), dicha libertad cede ante una necesaria construcción legal reguladora del ejercicio de la profesión, cuya función básica es la conexión intrínseca de tales actividades y títulos. En consecuencia, dicha ley no constituye sólo una

O Tribunal Constitucional, quando enfrentou o problema de definir qual o significado de profissão titulada, optou por uma interpretação restritiva, estabelecendo uma equação entre título acadêmico universitário e profissão titulada, consignada no artigo 36 da Constituição Espanhola. Na sentença 42, de 10 de abril de 1986, o termo *profesión titulada* restou consagrado *a la posesión de concretos títulos acadêmicos*, ou, com mais exatidão:

> Las profesiones tituladas existen cuando se condicionan determinadas actividades a la posesión de concretos títulos académicos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la concesión del oportuno certificado o licencia.

Em suma, profissão titulada corresponde à detenção de um curso superior universitário, que habilita para o exercício de um conjunto de tarefas vinculadas ao saber atestado pelo título acadêmico.

Essa questão voltaria a ser debatida em outras oportunidades no Tribunal Constitucional, que ratificou a jurisprudência identificadora da profissão titulada com aquelas que demandavam títulos acadêmicos expedidos após a conclusão de cursos superiores universitários, bem como ressalvou que o crime *intrusismo* (exercício ilegal de profissão) somente ocorria quando houvesse a violação do monopólio profissional de uma profissão dependente de titulo acadêmico, e não de mero título profissional. O caso julgado tratava do exercício da profissão de *agente de la propiedad inmobiliaria* (corretor de imóveis), que reclamava o título profissional, tendo o Tribunal, na sentença STC 111, de 25 de março de 1993, fixado que

> Resulta avalada la identificación de las profesiones tituladas con aquellas para cuyo ejercicio se requiere poseer estudios universitarios acreditados por la obtención del correspondiente «título» oficial [lo que] perfila la posibilidad de diversos grados de control estatal de las actividades profesionales según sea la mayor o menor importancia constitucional de los intereses que con su ejercicio se ponen en juego. De manera que cuanto más relevancia social tuvieran dichos intereses, mayor sería el nivel de conocimientos requeridos para el desempeño de la actividad profesional que sobre ellos incidiera; y, lógicamente, mayor habría de ser el grado de control estatal sobre los mismos. Todo ello concuerda perfectamente con la identificación de «título» a que alude el art. 321.1 del Código Penal con un «título académico oficial». Pues, de esta suerte, quedaría reservado el ámbito de aplicación de dicho precepto a aquellas profesiones que, por incidir sobre bienes jurídicos de la máxima relevancia –vida, integridad corporal, libertad y seguridad-, no sólo necesitan para su ejercicio la realización de aquellos estudios que requieren la posesión de un título universitario *ad hoc*, sino que también merecen la especial protección que garantiza el instrumento penal frente a toda intromisión que pudiere suponer la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos. En tanto que la protección y control de aquellas

---

formación del ejercicio de la profesión titulada, sino un *prius* necesario de la propia existencia jurídica de dicha profesión titulada en tanto que profesión sujeta."

> profesiones que inciden sobre intereses sociales de menor entidad –cual es, sin duda, el caso del patrimonio inmobiliario- quedarían, respectivamente, satisfechas, en su caso, mediante el requerimiento de una simple capacitación oficial para su ejercicio, y con la mera imposición, en su caso, de una sanción administrativa a quienes realizaren «actos propios» de las mismas sin estar posesión de dicha capacitación. Ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el mercado inmobiliario que no responda sino a intereses privados o colegiales, legítimos y respetables, pero insuficientes por sí solos para justificar la amenaza de una sanción penal como la aquí aplicada

Nessa decisão, o Tribunal Constitucional estabeleceu uma hierarquia entre o título acadêmico e o profissional, dando preferência ao primeiro, ao afirmar a sua reserva para as situações a exigirem saberes especializados, como forma de proteger valores superiores da sociedade, como a vida, a saúde, a justiça, a integridade física, etc., enquanto o título profissional seria uma mera licença verificadora de capacidade laboral, razão pela qual a tutela penal específica do crime de *intrusismo* deveria ser reservada para as situações que pudessem causar lesões a bens jurídicos superiores, que seriam apenas objeto das profissões tituladas.

3.6.4 Regulação Profissional e a Reserva Legal

A regulação do exercício profissional no direito constitucional espanhol está submetida ao princípio da reserva legal, pois o já citado artigo 36 da Constituição prescreve que a lei regulará o exercício das profissões tituladas. Em contraste com o artigo 12.1 da Constituição Alemã, que estabelece uma reserva legal relativa, ao dizer que o exercício da profissão pode ser regulamentado pela lei ou com base na lei, facultando, portanto, a delegação de tarefas regulamentares à autoridade administrativa, a Constituição Espanhola atribuiu exclusivamente à lei a responsabilidade de ordenar o exercício das profissões tituladas, porquanto tal disciplina implica a instituição de limites a uma liberdade geral de atuação assegurada pelos artigos 35.1 e 38, mormente ao fixar requisitos que, em regra, constituem barreiras ao acesso à profissão.

Contudo, a doutrina e o Tribunal Constitucional têm admitido que a reserva de lei instituída pela Constituição não é absoluta, e pode o legislador compartilhar com o Executivo algumas tarefas reguladoras, desde que essa remissão não constitua uma abdicação do dever constitucional de estabelecer as condições necessárias para delimitação do exercício do direito. Não se admite, portanto, regulamentos independentes nessa matéria, mas tão somente habilitações legais claras e restritas para o Executivo atuar, por motivos de ordem técnica, dentro de espaços adrede autorizados pelo legislador.

O Tribunal Constitucional, ao examinar a legislação disciplinadora do exercício da profissão farmacêutica, considerou que violava o princípio da reserva legal, constituindo uma espécie de deslegalização, a base XVI, parágrafo 9º, da Lei de 25 de novembro de 1944, que dispunha genericamente restar limitado no território espanhol o direito de estabelecimento de farmácias, sem fixar os critérios para tal constrição, o que veio a ser feito ulteriormente com base em parâmetros geográficos e demográficos (distância entre as farmácias e população servida por cada uma) definidos pela autoridade administrativa. O Tribunal, ao julgar essa questão constitucional, embora tenha admitido a possibilidade de o legislador restringir o direito de estabelecimento, entendeu que os elementos necessários à contenção da liberdade de estabelecimento deveriam ser prescritos pela lei, sob pena de haver a renúncia de competências legais em favor do Executivo, asseverando na sentença STC 83/1984, que

> El principio de reserva de Ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador.
> Las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria han de ser tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. Este criterio aparece contradicho mediante cláusulas legales, del tipo de la que ahora se cuestiona, en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada; esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de proseguir.

3.6.5 O Conteúdo Essencial da Liberdade de Profissão na Jurisprudência Constitucional Espanhola

A Constituição Espanhola de 1978, influenciada pelo artigo 19, 2, Lei Fundamental Alemã, de 1949, prevê no artigo 53, nº 1:

> Os direitos e as liberdades reconhecidas no capítulo II do presente título vinculam todos os poderes públicos. Somente por meio de lei, que, em qualquer caso, deverá respeitar o seu conteúdo essencial, poderá ser regulamentado o exercício dos direitos e liberdades, os quais serão tutelados em harmonia com o estabelecido no artigo 156, nº 1, alínea *a*.

Pois bem, a regra transcrita constitui um obstáculo à discricionariedade do legislador na conformação dos direitos, ao fixar um núcleo intangível (que não pode ser

afetado pela sua ação) e proclamar uma reserva de Constituição indisponível em cada direito fundamental, o que impõe ao intérprete e aplicador das normas constitucionais o dever de respeitar esse conteúdo mínimo identificador da substância de cada direito.[144]

O Tribunal Constitucional espanhol, na sentença nº 11, de 8 de abril de 1981, que apreciou a legislação que regulava o direito de greve, elaborou uma doutrina que facultaria, em cada caso, chegar ao conteúdo essencial de um direito ou uma liberdade. Embora essa decisão não esteja relacionada diretamente com a liberdade de profissão, importa conhecê-la como pressuposto para, em seguida, analisar uma segunda sentença do Tribunal Constitucional, que teve de enfrentar a questão relativa ao conteúdo essencial da liberdade de profissão. Neste caso (STC 83/1984, de 24-7), o Tribunal optou por declarar a inexistência de um conteúdo essencial de cada profissão ou ofício, rejeitando a tese de que o núcleo essencial de uma profissão poderia ser reconhecido a partir da imagem social típica desta em determinado contexto histórico e social.

Com efeito, Muñoz Machado *et alli* (1983, p. 128), com fundamento na imagem de profissão aludida pelo Tribunal Constitucional alemão, sustentam que o núcleo essencial da liberdade de profissão, que deve ser preservado pelo legislador ao regulamentá-la, está atrelado à imagem social de cada profissão, asseverando que

> Cada profesión tiene una imagen que el legislador está obligado a respectar. Ligando esta idea con la del contenido esencial puede decirse que éste impone al legisladores respecto a aquellos elementos, competencias, funciones y tipos de desenvolvimiento social de una profesión sin los cuales la profesión no seria reconocible como tal o que, como dice nuestro Tribunal Constitucional, la someten a limitaciones que hacen el derecho 'impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección'. Esto ocurre, a nuestro juicio, siempre que no se permita a una profesión ejercer funciones que corresponden con su imagen típica, atribuyéndolas a otras profesiones.
> Si se opta en el futuro por la reglamentación de las profesiones, que se lleve a efecto por ley y que respete esta ley el contenido esencial entendido en al manera indicada, es constitucionalmente obligado.

Na sentença nº 11/1981, de 8 de abril, o Tribunal Constitucional reconheceu, de início, que mesmo os direitos fundamentais não são ilimitados, cabendo ao legislador, que goza de ampla margem de liberdade para fazer opções políticas dentro do quadro de pluralismo político e social albergado pela Constituição Espanhola, desenhar as fronteiras

[144] Conforme pondera Alfonso (1981, p. 170): "Tanto en el caso alemán como en el nuestro, la garantía de un contenido esencial en determinados derechos constitucionales ofrece, como es claro, tanto un aspecto negativo de prohibición o limitación al legislador ordinario cuanto positivo de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional en dichos derechos; aspectos que se reconducen a la fijación en el máximo nivel normativo de un orden material de valores en el que se expresan los superiores que informan la totalidad del ordenamiento y que constituye el soporte mismo de la decisión constituyente entendida como un todo. Esto es especialmente claro en nuestra Constitución: lo derechos fundamentales vinculan directamente a todos lo poderes públicos y tienen, por tanto, un contenido constitucionalmente declarado."

dos direitos e liberdades, a fim de compatibilizá-los entre si. Na tarefa de concordância prática entre os direitos, a maior ou menor generosidade das condições e restrições postas pelo legislador não seriam sindicáveis, desde que não violassem o conteúdo essencial desses direitos, destacando que

> corresponde [...] al legislador ordinario que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho (fundamental) que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con directivas políticas que le impulsen, siempre que posen más allá de lo limites impuestos por las normas constitucionales concretas y del limite genérico del articulo 53.

Para chegar à noção do que seja "núcleo essencial" de um direito, o Tribunal traçou dois caminhos que não são incompatíveis, mas, ao contrário, se complementam. A primeira via exige um raciocínio que estabeleça abstratamente a natureza jurídica do direito, conforme os conceitos e os valores jurídicos predominantes entre os juristas, para, em seguida, compará-lo com a regulamentação imposta pelo legislador, a fim de verificar a compatibilidade entre o tipo concreto positivado e o tipo ideal abstrato preexistente nas idéias gerais acerca do que seria esse direito. A segunda via indicada pelo Tribunal Constitucional consiste também em um juízo comparativo, mas entre o regime positivo do direito e os interesses concretos que se pretendiam proteger por meio desse juízo. Para tanto, é necessário determinar os interesses juridicamente protegidos pelo núcleo do direito, a fim de checar se a regulamentação do legislador não torna impraticável o gozo dos interesses protegidos por ele, esvaziando-o do seu conteúdo mínimo.

Quando a imagem do direito que projeta de sua regulação legal não pode ser reconhecível com precisão em traços fundamentais da categoria abstrata teórica do dito direito, ou ele aparece, na regulamentação, privado das faculdades essenciais, ou sujeito a limitações ou a dificuldades além do razoável, poder-se-ia concluir que foi afetado o conteúdo essencial, por faltar-lhe características indispensáveis para sua inclusão como pertinente à imagem abstrata, ou seja, transmudou-se em algo completamente distinto, desnaturalizando-se, por assim dizer. Embora relativamente longa, vale a pena, em virtude da clareza, a transcrição do pensamento do Tribunal:

> Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de "contenido esencial", que en el art. 53 de la Constitución se refiere a ala totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al

> momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.
>
> El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

O Tribunal Constitucional, como já dito, examinou especificamente o problema da determinação do conteúdo essencial da liberdade de profissão, quando apreciou a regulamentação da atividade farmacêutica. A legislação espanhola facultava ao poder público a contenção do número de farmácias com base em critérios geográficos e demográficos. Ao argüir a inconstitucionalidade dessa norma, alegou-se que ela violava o conteúdo mínimo da profissão farmacêutica, ao condicionar o acesso à atividade a requisitos objetivos externos ao pretendente, privando o farmacêutico devidamente habilitado de exercer a sua profissão, conforme a imagem social dela já consolidada, pois a cisão entre farmacêutico e a atividade de farmácia destruiria aspectos típico da profissão.

O Tribunal Constitucional, com fulcro na distinção entre "escolha" e "exercício", proclamou, na sentença STC 83, de 24 de julho de 1984, que o direito consagrado no artigo 35.1 da Constituição Espanhola (direito de livre escolha da profissão) é tão somente o de escolher a profissão, razão pela qual o conteúdo essencial constitucionalmente protegido (art. 53.1 da Constituição Espanhola) se localiza no puro ato de escolha da vocação profissional, o qual deve estar imune a qualquer intervenção que intente dirigir ou restringir a vontade dos interessados.

Por outro lado, o Tribunal também proclamou que o artigo 36 da Constituição Espanhola confere uma ampla liberdade de regulação do exercício profissional ao legislador, para configuração concreta do exercício das profissões tituladas, sem estar preso a qualquer conteúdo essencial. Recusou-se, dessa forma, a investigar se a expressão "profissão" ou "ofício" teria um conceito ideal preexistente passível de comparação com o tipo concreto

positivado pelo legislador na regulamentação da atividade farmacêutica, rejeitando, portanto, a imagem de profissão socialmente consolidada, como parâmetro de reconhecimento do conteúdo essencial da liberdade de profissão. As razões do Tribunal foram as seguintes:

> El derecho constitucionalmente garantizado en el art. 35.1 de la C.E. no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio, y en el art. 38 no se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad profesional, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los arts. 35.1.ó 38. [...]
>
> En el caso de las profesiones tituladas, a las que se refiere el art. 36 de la C.E., su simple existencia (esto es, el condicionamiento de determinadas actividades a la posesión de concretos títulos académicos) es impensable sin la existencia de una Ley que las discipline y regule su ejercicio. Esta reserva específica es bien distinta de la general que se contiene en el art. 53.1 de la C.E. y, en consecuencia, no puede oponerse aquí al legislador la necesidad de preservar ningún contenido esencial de derechos y libertades. La regulación del ejercicio profesional, en cuanto no choque con otros preceptos constitucionales, puede ser hecha por el legislador en los términos que tenga por conveniente.

É certo que, em julgado posterior (STC 42/1986), as considerações sobre a inexistência de um conteúdo essencial na regulação do exercício das profissões tituladas foram matizadas e parcialmente revistas quando foi analisada a legislação que criou a profissão de psicólogo, exigindo um título acadêmico específico para o seu exercício, condicionando a criação de profissões à existência de interesse público, asseverando que

> El art. 36 C.E. contiene fundamentalmente una reserva de Ley en punto al establecimiento del régimen jurídico de Colegios profesionales y al ejercicio de las profesiones tituladas. Compete, pues, al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo existe una profesión, cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada, esto es, profesión para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia.
>
> Por ello, dentro de las coordenadas que anteriormente se han mencionado, puede el legislador crear nuevas profesiones y regular su ejercicio, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que la regulación debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respecto del contenido esencial de la libertad profesional.

A contradição entre o afirmado na STC 83/1984, que negou a existência de um conteúdo essencial constitucionalmente garantidor de cada profissão, ressaltando a ampla discricionariedade legislativa na configuração das profissões tituladas, e o proclamado na STC 42/1986, que elevou o interesse público e o conteúdo essencial da liberdade de profissão com barreiras à ação do legislador na regulação do exercício da profissão titulada, foi explicada na doutrina por Morenilla (1988, p. 49), com o argumento de que o Tribunal, ao afirmar a inexistência do conteúdo essencial constitucionalmente garantido de *cada profissão,* pretendia afastar, sobretudo, a rigidez do argumento de que o conteúdo

essencial dessa liberdade correspondia às atribuições e ao perfil das profissões existentes em dado momento histórico, conforme determinada imagem, outorgando às profissões um âmbito insuscetível de modificação.

Enfim, não queria o Tribunal declarar que a liberdade de profissão se identificava com a imutabilidade das profissões existentes, mas, ao contrário, a STC 42/1986 deixa claro que as profissões se definem e se configuram socialmente em regime de liberdade, porém pode o legislador intervir, se houver interesse público que justifique a regulação delas, subtraindo-as do princípio *pro libertate* que informa o seu exercício, ou ainda, alterando a configuração das profissões existentes na realidade social.

4 A LIBERDADE DE PROFISSÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

4.1 INTRODUÇÃO

Pretende-se neste capítulo examinar a maneira como a liberdade de ofício e profissão encontra-se disciplinada dogmaticamente na ordem constitucional brasileira, bem como o nascimento das profissões por antonomásia (direito, medicina e engenharia) e o debate ocorrido em torno da construção do monopólio ocupacional com fundamento em credenciais educacionais, pois esse modelo foi gradativamente estendido às profissões que surgiram no século XIX. Para tanto, reconstrói-se a história constitucional dessa liberdade, partindo da Constituição Imperial de 1824, com especial destaque à polêmica entre credencialista e anticredencialistas, a qual foi travada durante a República. Em seguida, avalia-se o processo de consolidação e a emergência das profissões com entidade corporativa de auto-regulação, o que ocorre a partir da Constituição de 1930. Na parte final, avalia-se a liberdade de profissão na ordem constitucional de 1988.

4.2 A CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824

O inciso XXIV do artigo 179 da Constituição do Império, de 1824, dispunha que "Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos". Essa liberdade econômica reunia numa única norma tanto a liberdade de comércio e indústria como a liberdade de trabalho, que integrariam o patrimônio do indivíduo, pois nada mais seria do que a combinação da liberdade pessoal com o direito de propriedade. Nas palavras de Pimenta Bueno (1857, p. 399-400), essa liberdade deriva do "domínio de si próprio", vale dizer, "do direito incontestável de empregar estas [suas] forças e recursos como julgar melhor, segundo sua inclinação e aptidão", sendo que

> A livre escolha e exercicio do trabalho, industria ou profissão, sua livre mudança, ou substituição, a espontanea ocupação das faculdades do homem, tem por base não só o seu direito de liberdade, mas tambem o de sua propriedade.
> O homem tem por seu destino natural necessidades, que precisa e aspira satisfazer; para preenche-las a Providencia deu-lhe a intelligencia, e outras faculdades correspondentes. Elle é o senhor exclusivo dellas, assim como dos seus capitaes que o trabalho anterior tem produzido e economisado; tem pois o livre arbitrio, o direito incontestavel de empregar estas forças e recursos como julgar melhor, segundo sua inclinação ou aptidão. Impedir o livre uso desse direito, sua escolha espontanea ou querer força-lo a alguma occupação industrial determinada, seria violar a mais sagrada das propriedades, o dominio de si próprio.

Não obstante a citada regra prescrever a não-proibição de nenhum trabalho, indústria ou comércio, a Constituição permitia a ação da autoridade pública, caso a atividade privada se opusesse aos costumes públicos, à segurança pública dos cidadãos, conforme a clássica cláusula de ordem pública que se constituía no pensamento liberal o único fundamento legítimo para a ruptura da separação do mundo político do econômico[145].

Segundo Coelho (1999, p. 228), os anais da constituinte de 1823 não registram debates a respeito da liberdade de profissão, possivelmente porque esse não era um tema prioritário, uma vez que "não havia profissões organizadas no país nem movimentos de organização profissional cujos interesses pudessem condensar em torno da defesa da regulação e monopólio". Com efeito, as profissões estão estreitamente vinculadas ao ensino superior e à reserva de mercado que os diplomas buscam garantir para os formados e, como se sabe, Portugal obstou, durante o período colonial, a abertura de cursos superiores[146] no Brasil, o que somente veio a ocorrer após a independência. A principal conseqüência do regime de liberdade de profissão foi a supressão da organização corporativa do trabalho em ofícios industriais, por conta do previsto no inciso XXV do artigo 179: "Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres".

---

[145] Criticando a existência de um sistema preventivo e regulamentar, como o que obstaculizava a vida econômica do Império, Pimenta Bueno (1857, p. 401) averbava que "Nossa administração de tempos a esta parte em vez de concorrer para o livre desenvolvimento industrial do paiz, em bem da atividade social, acção e energia de suas forças, não tem tido outro pensamento e missão que não seja de embaraça-lo. Seu unico esforço tem sido de paralysar a liberdade industrial pelo só medo ou só possibilidade do abuso della; é uma administração que contraria o principio fim de sua instituição. [...] Desde que o trabalho, a empresa, ou industria qualquer, em si é licita, desde que não é immoral, ou que por sua natureza não affecta a segurança ou saude dos cidadãos, o só temor, ou só possibilidade do abuso, não é razão nem fundamento sufficiente para prohibir seu livre uso; se verificar-se o abuso, reprimio, esse é o unico direito e dever da administração; estudai e estabelecei para esse fim leis inteligentes. Se pela só possibilidade do abuso, se a titulo dos máos effeitos que póde alguma empresa produzir, a administração se julga autorisada a prohibi-la, então pelo mesmo titulo está autorisada a restringir todas as industrias sem excepção de nenhuma empresa, pois que em todas póde haver abusos e máos effeitos. É dizer-se á sociedade, para prevenir-se o abuso de vossas acções, prohibo vossas acções, vossa actividade, cruzai pois os braços; a ordem publica assim exige, e ordem publica não é a manutenção dos direitos, é sim a escravidão paciente. Um tal systema destróe evidentemente todas as condições do regimen constitucional, de um governo livre, por isso mesmo que deixa tudo á discrição do poder, aos erros e paixões dos ministros e seus conselheiros; tem-se uma ou mais vontades que arrogão o direito de dominar o Estado, e de sujeitar a razão publica a seu systema de illusões."

[146] Ao contrário da América espanhola, cuja primeira universidade foi fundada em 1538, em São Domingos. Respondendo ao requerimento que tinha por pretensão instalar um curso de medicina na região das minas, disse o Conselho Ultramarino, em 1768, fundamentando a negativa, que "um dos mais fortes vínculos que sustentava a dependência das colônias, era a necessidade de vir estudar a Portugal" (Carvalho, 1968, p. 72).

4.2.1 Corporações de Ofícios e a sua Extinção em 1824

Em Portugal, as corporações de ofício se desenvolveram a partir do século XV, bem mais tarde que no restante da Europa, em virtude do desenvolvimento gerado pelas grandes navegações. As *bandeiras* (como eram chamadas, em virtude dos estandartes dos santos padroeiros carregados nas procissões), ao contrário de grande parte da nobreza, apoiaram a ascensão do Mestre de Avis (futuro D. João I), sendo por ele agraciadas com a formação da "Casa dos 24" (reunindo dois delegados de cada uma das doze bandeiras), à qual cabia, dentre outras funções, a de eleger o "juiz do povo", magistrado encarregado de fiscalizar a Câmara de Lisboa e representar os interesses das corporações.

As bandeiras, corporações compostas por um ofício cabeça (o mais antigo) e outros ofícios análogos, organizavam-se por regimentos aprovados ou outorgados pelas autoridades públicas (o Rei ou a Câmara), que definiam sua hierarquia, cargos e funcionamento. Eram compostas de mestres, oficiais e aprendizes.

Cada mestre podia ter consigo apenas um ou dois aprendizes, os quais, após quatro anos de acompanhamento, tornavam-se oficiais (obreiros ou jornaleiros), passando a trabalhar na tenda de um mestre e dele receber salário. Quando estivesse apto, o oficial poderia prestar um exame prático perante juízes examinadores eleitos dentre os mestres – normalmente os mesmos a quem cabia fiscalizar as lojas, a qualidade dos produtos e as normas de concorrência. O exame consistia em produzir uma obra – a "obra prima" – de grande complexidade. Aprovado, recebia a "carta de examinação" e passava ao status de mestre, podendo estabelecer sua própria tenda, seus discípulos e oficiais, bem como concorrer e votar nas eleições para os cargos da corporação.

O sistema português (lisboeta) de organização dos ofícios foi adaptado no Brasil colonial à medida que surgia a demanda por trabalhos artesanais, em decorrência da expansão das atividades de lavoura e mineração (instrumentos agrícolas, ferraduras para os animais de carga, tijolos e outros materiais de construção, etc.). Contudo, além de certos ofícios serem proibidos na colônia, a fim de garantir os privilégios comerciais da metrópole (como a manufatura têxtil e a ourivesaria), outras condições peculiares da colônia enfraqueceram a rígida estrutura original das corporações: a existência de escravos que prestavam serviços ("moços de ganho") – repassando parte dos lucros aos senhores –, o pequeno mercado, a carência de mestres e a grande distância entre os pólos urbanos que enfraquecia as bandeiras no Brasil. Ainda assim, organizaram-se em algumas cidades brasileiras estruturas administrativas semelhantes à "Casa dos 24", com órgãos de

representação corporativa e a eleição de um "juiz do povo", embora o número de ofícios representados fosse menor.

As corporações começaram seu declínio em Portugal, no século XVIII, com o grande terremoto de Lisboa, que gerou uma demanda muito grande de serviços para a reconstrução da cidade, incompatível com o monopólio das bandeiras. Em 1808, D. João VI, já no Brasil, decretou a liberdade de comércio e, em 1824, a Constituição Imperial extinguiu as corporações de ofício, que ainda sobreviveram até 1834 em Portugal. Posteriormente, a Lei de 1º de outubro de 1828, que reorganizou as câmaras municipais, não admitiu mais a participação de representantes dos ofícios mecânicos, como juízes de ofícios, procuradores ou, ainda, juízes do povo.

Provavelmente, essa tenha sido a contribuição mais relevante da noção de liberdade de profissão à ordem constitucional imperial, não obstante a objeção do Visconde de Cairu à abolição das corporações, por serem elas instituições em que se ensinava o hábito do trabalho, a destreza manual e a reverência ante os superiores (CAETANO, 1943; CUNHA, 2005).

4.2.2 Organização das Profissões Imperiais

Embora o tema da regulação profissional não tenha suscitado discussão durante os trabalhos da assembléia constituinte de 1823, foi no Império que surgiram os primeiros cursos superiores de medicina (Rio de Janeiro e Bahia), direito (São Paulo e Recife) e engenharia (Rio de Janeiro e Ouro Preto), bem como o sistema de regulação profissional que reservou aos portadores de credenciais educacionais espaços delimitados no mercado de trabalho e na burocracia do Estado, expulsando os práticos, que atuavam sem habilitação acadêmica, principalmente nas profissões da saúde (farmácia e medicina).

4.2.2.1 Regulação da Profissão Médica

O Império herdou no campo da saúde a tradição lusitana de regulação sanitária baseada numa estrutura burocrática conhecida como Fisicatura, criada no Brasil em 1808, após a transferência da corte portuguesa para cá, extinguindo, assim, a Junta do Protomedicato que anteriormente cuidava dos assuntos relacionados à vigilância sanitária.

A Fisicatura era um juízo privativo para as questões afetas à saúde pública, que se dividia internamente em dois órgãos: o Físico-mor e o Cirurgião-mor. Essa dicotomia expressava a separação existente nas artes de curar no século XIX. O Físico-mor tinha sob

a sua jurisdição os médicos, boticários, vendedores de "drogas medicinais" e os curandeiros, ou seja, todos os que exerciam algo semelhante à medicina clínica (consulta e prescrição de remédios). Ao Cirurgião-mor estavam submetidos cirurgiões, parteiras, dentistas, sangradores e barbeiros.

A Fisicatura controlava o acesso às artes de curar, expedindo "cartas de examinação" e licenças[147] para habilitação dos profissionais, sem as quais eles não podiam exercer as atividades relacionadas às suas profissões. Também fiscalizava o desempenho da atividade, sobretudo o da dos boticários[148], a fim de averiguar se eram cumpridos os parâmetros fixados no Regimento da Fisicatura, por meio das denominadas correições e devassas. Em razão da extensão territorial do país, as atribuições do Físico-mor e do Cirurgião-mor eram exercidas por delegados e sub-delegados, acompanhados de outros oficiais (examinadores, visitadores, meirinhos, escrivães).

---

147 A diferença entre esses atos de habilitação era o caráter precário da licença, que devia ser renovada periodicamente.

148 O Alvará de 22 de janeiro de 1810, que veiculava o Regimento do Juiz Comissário Delegado do Físico-mor do Reino, estabelecia as seguintes regras para fiscalização das Boticas:

"VIII - Achando-se alguma botica aberta sem ter Boticario approvado, mandará fechal-a e fazer auto com prova necessaria, citada a parte para a remessa, e para dar fiança ao julgado e sentenciado. Quando succeda não se fechar a botica depois de feita a notificação para isso, o Juiz Commissario mandará pelo seu Escrivão e Officiaes remover todos os medicamentos para o deposito geral á custa do que estiver administrando a botica, formando auto de desobediencia, e remettendo-o, guardadas as solemnidades acima referidas. A botica, depositada não sahirá do deposito sem ordem do Juízo, e esta não se passará sem preceder uma justificação de que os medicamentos são para Boticario approvado.

IX - Nenhuma botica será isenta destas visitas, por mais privilegiada que se considere, sem exceptuar a mesma da Casa Real, e a dos reaes hospitaes, e sómente o será a da Universidade. Tambem serão visitadas as lojas de drogas pela mesma fórma, que as boticas, só pelo que toca àquelles generos que entram na composição dos remedios.

X - As referidas boticas e lojas de drogas nos termos do paragrapho antecedente, serão visitadas todas as vezes que parecer necessario e conveniente, fazendo-se toda a diligencia para que de antemão o não saibam os Boticarios e Droguistas, e tenham tempo de prevenir-se, e serão estas visitas gratuitas. De tres em tres annos porém se farão infallivelmente, e pegará cada uma das boticas e lojas de drogas por ellas para o Physico Mór 5$600; para o Juiz Commissario 3$200; para cada um dos Examinadores 1$400; para o Escrivão 450 réis; para o Meirinho e seu Escrivão 700 réis. Do pagamento destas propinas sómente é isenta a botica da Casa Real.

XI – (...)

XII - Os Boticarios que tambem forem droguistas pagarão duas visitas pelo exame que igualmente se ha de fazer ás drogas. Os seus pesos e medidas devem ser civis, e não medicinaes, nem devem vender composições da pharmacia.

XIII - Acabada a visita se passará uma certidão em nome do Juiz Commissario, e assignada tambem pelos Examinadores, na qual conste as boticas que se visitaram; as suas qualidades declaradas com as letras B. S. R. iniciaes das palavras, Boa, Sufficiente, Reprovada; se se lhe achou regimento, pesos aferidos, aceio de utensis e vasos; bons ou máos medicamentos; e esta certidão será remettida ao Physico Mór do Reino. Além della, o Escrivão passará a cada Boticario outra do merecimento que lhe foi julgado, fazendo nella o devido elogio aos que tiverem servido ao publico com desempenho: e esta certidão servirá de licença chamada de continuação, devendo apresental-a na visita triennal que se seguir; por ella levará o Escrivão 120 réis."

As especialidades na área da saúde no Brasil observavam a divisão social hierárquica do trabalho médico que predominava na Europa[149]. Os físicos (médicos clínicos) exerciam as atividades mais valorizadas, isto é, as qualificadas como arte liberal (consulta e prescrição de remédios), que se situavam no cume da pirâmide social existente na área médica. Como não havia curso superior de medicina no Brasil, eram formados em escolas estrangeiras, principalmente em Coimbra, Paris, Montpellier e Nápoles. Portanto, eram médicos que tinham título acadêmico.

Em seguida, na escala de prestígio social, vinham os cirurgiões e os boticários, ofícios considerados manuais e comerciais, com o aprendizado da função ministrado fora da universidade, no próprio ambiente de trabalho, pelo sistema mestre-aprendiz das corporações de ofícios. Porém, o exame de qualificação profissional não era feito pela própria corporação, mas por um órgão do Estado (Fisicatura). O cirurgião ou boticário que já tivesse conseguido a "carta de examinação" do seu ofício poderia ainda obter licença provisória para o exercício da medicina prática, onde não houvesse médico diplomado, desde que pagasse os emolumentos periódicos cobrados para renovação.

No extrato inferior, localizavam-se os terapeutas populares: barbeiros, tira-dentes, sangradores, parteiras e curandeiros, normalmente negros, mulatos ou mulheres, que também podiam exercer práticas terapêuticas específicas devidamente demarcadas nos regimentos legais, caso obtivessem a respectiva autorização da Fisicatura. Logo, havia completa regulamentação pela autoridade pública das ocupações que lidavam com a arte de curar.

Para obter a autorização para o exercício da profissão, o candidato devia submeter-se a avaliação perante os oficiais do Físico-mor ou Cirurgião-mor, conforme a especialidade que fosse praticar. Era condição para esse exame que o candidato apresentasse atestado, emitido por mestre devidamente habilitado[150], certificando ter o

---

[149] De acordo com Figueiredo (1997, p. 63), havia uma hierarquia entre o médico, o cirurgião e o barbeiro, pois "o campo da cirurgia na medicina ocupava um espaço destinado às técnicas menos qualificadas, técnicas que demandavam menos conhecimentos e mais habilidades com as mãos. Formalmente os cirurgiões não se misturavam aos médicos e não se entendia a cirurgia como parte integrante da medicina. É interessante observar que o trabalho do barbeiro e do cirurgião estava diretamente relacionado com o corpo do doente, como o sangue, e com as partes purulentas do corpo, logo este trabalho sofria tanto o estigma do trabalho manual como o tabu da impureza e da sujidade. Por outro lado, há também uma distinção entre as artes liberais e as artes mecânicas, sendo os médicos incluídos nas primeiras e os cirurgiões nas segundas. No século XIX, numa sociedade marcada pela escravidão, esta distinção prolonga-se envolvendo a distinção entre as atividades exercidas pelos médicos em contraposição às exercidas pelos cirurgiões."

[150] Para poder treinar o aprendiz, deveria o mestre possuir "carta de examinação". Se, por qualquer motivo, o mestre não expedisse o certificado de conclusão do estágio e aprendizado para o candidato ser avaliado, havia a possibilidade de a prova do treinamento ser feita por meio de três testemunhas que deveriam jurar tê-lo visto praticar a sua arte pelo tempo mínimo determinado no regimento. Segundo

interessado praticado como aprendiz a atividade pelo tempo mínimo estabelecido (quatro anos para cirurgião e boticário, e dois anos para sangradores e parteiras), bem como ter aprendido as habilidades necessárias à profissão. Considerado apto para o exame, devia o candidato pagar os emolumentos requeridos para a realização da avaliação e, caso aprovado, era expedida a "carta de examinação", documento que atestava a competência e facultava o exercício da respectiva especialidade médica. O exercício da arte de curar, sem a autorização da Fisicatura, expunha o infrator a sanções administrativas de natureza pecuniária e também à pena de prisão.

Segundo Coelho (1999, p. 144-145), os exames tinham um valor puramente simbólico, pois praticamente não havia conhecimento a ser aferido, em virtude do estágio epistemológico da medicina à época, bem como as evidências disponíveis fazem supor que "os delegados vendiam 'provisões' e 'cartas' indiscriminadamente, até porque sabiam tanto quanto os candidatos que se submetiam às 'examinações'; ademais, usavam das devassas para extorquir e do cargo, de maneira geral, para enriquecimento pessoal".

Para averiguar o cumprimento da legislação disciplinadora da saúde pública, os delegados do Físico-mor e do Cirurgião-mor efetuavam anualmente ou extraordinariamente, quando houvesse denúncias, inspeções conhecidas como *devassas*.

Como incentivo para que os praticantes regularizassem a sua situação profissional, isto é, obtivessem a "carta de examinação" ou a licença, pagando os respectivos tributos, havia, para aqueles regularizados perante a Fisicatura, o privilégio de um foro privativo para julgamento dos seus atos profissionais, bem como um procedimento especial, conhecido como *louvação*, de cobrança da remuneração devida por seus clientes, o que os protegia de calotes.

De acordo com a pesquisa realizada por Pimenta (1997) nos documentos históricos da Fisicatura, os profissionais que mais a ela recorriam para reclamar o pagamento da remuneração pelo trabalho executado eram os boticários, médicos práticos (sem diploma), cirurgiões e médicos, ou seja, o grupo mais conceituado e que também cobrava mais caro. Em regra, a execução da dívida recaía sobre o testamenteiro do enfermo, consistindo o procedimento de *louvação* num arbitramento, realizado por oficiais da Fisicatura, da

---

Pimenta (1997, p. 14), no caso de licença para o exercício da medicina prática ou do ofício de curandeiro, "não se apresentava certidão de mestre e sim atestados de pessoas com posição social respeitável – por exemplo, indivíduos que possuíssem cargos na igreja, na milícia ou em algum órgão público. Esses atestados deveriam dizer sobre a boa conduta moral e a necessidade dos serviços prestados pelo suplicante devido à ausência de uma pessoa mais qualificada, o médico. Alguns mostravam um abaixo-assinado feito pelas pessoas do lugar onde exerciam suas atividades ou ainda declarações de quem havia tratado e curado".

remuneração que deveria ser paga, provendo-se, ainda, as medidas executórias necessárias para a satisfação da dívida (penhora de bens).

Esse sistema de fiscalização e regulação do acesso às profissões da saúde pública perdurou até 1828, quando foram extintos os cargos do Físico-mor e Cirurgião-mor. A necessidade de formação de cirurgiões para o exército levou D. João VI a criar, em 1808, duas academias médico-cirúrgicas: uma no Rio de Janeiro e outra na Bahia. Como os alunos preparados por essas academias também deviam obter a "carta de examinação" para o exercício da cirurgia, surgiu um conflito de jurisdição entre o Cirurgião-mor e o Físico-mor, pois ambos reivindicavam essa competência. Relata Coelho (1999, p. 116) que "por detrás deste conflito de jurisdição estavam os esculápios portugueses, para quem os cursos médico-cirúrgicos do Rio e da Bahia não podiam expedir diplomas, atribuição que segundo eles era privativa da Universidade de Coimbra".

Pois bem, ao fim dessa batalha de jurisdição não saiu vencedor nem o Cirurgião-mor nem o Físico-Mor, mas os diretores das Escolas médico-cirúrgicas, aos quais foi transferida a competência para outorga da "carta de examinação", tendo sido também revogadas "todas as leis, alvarás, decretos e regimentos do Physico-mor e Cirurgião-mor do Império, conforme Lei 9 de setembro de 1826". Coelho (1999, p. 117) ressalta que ainda se facultou ao formado em cirurgia a submissão aos exames para a obtenção do grau de doutor em medicina, pondo fim à secular divisão social da arte de curar entre cirurgia e medicina clínica.

Com a extinção completa da Fisicatura em 1828 (cargos de Físico-mor e Cirurgião-mor), uma parte das suas atribuições foi remanejada para as Câmaras Municipais (fiscalização das boticas e registros das "cartas de examinação" e diplomas); porém, nada se dispôs sobre a disciplina do acesso à profissão médica, sublinhando Coelho (1999, p. 117-118) que é possível extrair duas conseqüências importantes da extinção da Fisicatura e da revogação da legislação por ela produzida: i. "nenhuma lei restou que regulasse o exercício da medicina e da cirurgia, ou mais precisamente, que interditasse o exercício da arte de curar a indivíduos não qualificados ou não licenciados" e ii. "o país ficou sem autoridade médica",[151] e, dessa forma, por omissão, estabeleceu-se a liberdade de curar.

A liberdade de curar e de exercício de profissão médica, em razão da citada lacuna legislativa, foi logo suprida com a conversão das academias médico-cirúrgicas em

[151] Pimenta (2003, p. 24) relata o caso da parteira Florina Maria dos Santos, que pediu à Câmara Municipal da Corte que designasse um "professor examinador", por ter ela perdido a sua "carta de examinação", e recebeu como resposta: "requeira a quem de direito".

Faculdades de Medicina do Rio de Janeiro e da Bahia, conforme Lei de 3 de outubro de 1832, que instituiu o diploma como critério de licenciamento para o exercício da medicina, garantindo, dessa forma, o monopólio legal na prestação dos serviços médicos. Dispunham os artigos 11 e 13:

> Art. 11 As Faculdades concederão os títulos seguintes: 1º Doutor em Medicina; 2º de Pharmaceutico; 3º de Parteira. Da publicação desta Lei em diante não se concederá mais o título de Sangrador.
> Os diplomas serão passados pelas Faculdades em nome das mesmas, no idioma nacional, e pela fórma que ellas determinarem [...]
> Art. 13. Sem título conferido, ou approvado pelas ditas Faculdades, ninguém poderá curar, ter botica, ou partejar, emquanto disposições particulares, que regulem o exercício da Medicina, não providenciarem a este respeito.
> Não são comprehendidos nesta disposição os Médicos, Cirurgiões, Boticários e Parteiras, legalmente autorizados em virtude de Lei anterior.

A criação das Faculdades de Medicina, em 1832, implicou mudanças significativas na organização da medicina oficial. Em primeiro lugar, ratificou-se a unificação da prática da cirurgia e da clínica, antes divididas mais por razões de ordem social do que técnica, num único profissional médico; em segundo lugar, o monopólio legal dos serviços médicos restou vinculado aos títulos acadêmicos (diplomas), suprimindo, assim, os exames e as "cartas de examinação" conferidos pela Fisicatura. Foram, ainda, disciplinados os farmacêuticos e as parteiras, que permaneceram subordinados à autoridade médica.

Entretanto, os demais agentes terapêuticos populares (sangradores, curandeiros e barbeiros), que, à época da Fisicatura, estavam legalmente legitimados, não encontraram mais espaço ocupacional na medicina oficial. Segundo Pimenta (2003, p. 83), eles teriam sido banidos do universo das artes de curar que estava sendo construído pelos esculápios acadêmicos, por duas razões: com relação aos sangradores, teriam sido motivos de ordem étnica[152], pois havia uma relação direta entre o ofício de sangrador e a condição de escravos e forros, e, com relação aos curandeiros, estes eram concorrentes dos médicos, com seu saber medicinal prático fundamentado na tradição indígena e africana e, por isso, deveriam ser excluídos do mercado.

O último ato normativo relevante no campo da saúde pública no Império foi a criação da Junta de Higiene Pública, pelo Decreto nº 828, de 20 de setembro de 1851, que centralizou o controle e fiscalização do acesso às profissões de médico, dentista, boticário e parteira, efetuados pelas Câmaras Municipais, reafirmando o monopólio da atividade em

[152] De acordo com Pimenta (2003, p. 83), em Portugal, onde a condição jurídica e a etnia não distinguiam o sangrador dos demais terapeutas, os exames para a habilitação desse ofício só foram extintos em 1870.

favor dos portadores de títulos acadêmicos[153], bem como disciplinou as relações entre médicos e boticários, prescrevendo, entre outras coisas: i. que nenhum médico poderia preparar ou vender remédios, exceto nos lugares onde não houvesse boticas abertas; ii. a proibição de sociedade entre médicos e boticários; iii. a obrigação dos médicos de escrever as receitas em português, lançando por extenso as fórmulas dos remédios; iv. a vedação aos boticários de aviarem receitas de médicos que não estivessem matriculados na Junta de Higiene Pública; v. a limitação da propriedade das boticas a uma única por boticário, que deveria ser o responsável pessoal pela sua administração. Havia ainda um detalhamento de normas técnicas que regulavam a atividade de produção e a comercialização de remédios pelos boticários.

4.2.2.2 Regulação da Profissão de Advogado

Não havia, durante o Império brasileiro, um monopólio dos serviços jurídicos por parte dos bacharéis em direito. Embora apenas estes ostentassem o honroso título de "advogados" – e o status social dele decorrente – havia outras três categorias que ofereciam serviços jurídicos: os advogados provisionados, os solicitadores e os rábulas (COELHO, 1999, p.166-174).

Aos graduados, o diploma de "bacharel em ciências jurídicas e sociais", expedido pela faculdade de Coimbra ou pelas recém-criadas academias de São Paulo e Olinda (transferida, depois, para Recife) era suficiente para habilitá-los ao exercício da advocacia.

---

[153] Sobre o monopólio da arte de curar por médicos, cirurgiões, boticários, dentistas e parteiras, o Decreto 828, de 29 de setembro de 1851 estipulava que

"Art. 25 – Ninguém póde exercer a medicina, ou qualquer dos seus ramos, sem título conferido pelas Escolas de Medicina do Brasil, nem póde servir de perito perante as Autoridades Judiciarias, ou Administrativas, ou passar certificados de molestia para qualquer fim que seja. Os infractores incorrerão na multa de cem mil réis pela primeira vez, e nas reincidencias em duzentos mil réis e quinze dias de cadêa.

Art. 28 – Os medicos, Cirurgiões, Boticarios Dentistas e Parteiras apresentarão os seus diplomas, na Corte e Provincia do Rio de Janeiro, á Junta Central, e nas Provincias, ás Commissões e aos Provedores de Saude Publica. Em hum livro destinado para a matricula se inscreverá o nome do individuo, a que pertence o diploma; a profissão a que se refere e a Corporação que o conferio; o que feito o Presidente da Junta Central ou da Commissão ou o Provedor de Saude Publica lancará nas costas do diploma o – Visto – e assignarão. Os formados em Universidades ou Escolas estrangeiras, cujos diplomas não tenhão sido legalisados pelas Faculdades de Medicina do Imperio, ou não estiverem comprehendidos nos dois antecedentes Artigos, não serão inscriptos nos livros da matricula.

Art. 29 – Sem que se tenha feito a matricula do modo determinado neste Regulamento, não he licito o exercicio da medicina em qualquer de seus ramos, ainda que tenhão sido preenchidas as obrigações do Art. 25º, e que gozem dos favores dos Arts. 26 e 27. Os infractores incorrerão na multa de cincoenta mil réis pela primeira vez, e no dobro e em quinze dias de cadêa nas reincidencias.

Art. 46 – Os individuos que sem ter diplomas que facultem o exercicio da medicina ou da pharmacia, e os digão ter, e effecctivamente exerção algumas dessas profissões, incorrerão pela primeira vez na multa de duzentos mil réis, e nas reincidencias na mesma multa e quinze dias de cadêa, alêm das penas em que possão incorrer, segundo os Arts. 301 e 302 do Codigo Criminal."

Porém, em vez de dedicarem-se à degradante tarefa de "mercadores do direito" ou "corretores da justiça", suas atividades, intrinsecamente intelectuais, limitavam-se ao estudo da "ciência do direito" e à esperança de ocupar um elevado cargo público.

Em um nível abaixo na escala dos ofícios jurídicos, havia os advogados provisionados que, sem possuir diploma, eram nomeados pelas autoridades públicas (Presidente do Tribunal da Relação, Presidente da Província) para desempenhar as funções de advogado nas localidades onde havia escassez de bacharéis. Para obter a licença ("provisão"), deviam provar sua reputação ilibada ("attestados que abonem sua moralidade") e ser aprovados em exames teóricos e práticos (SOUZA, 1935, p. 419). Embora se exigisse a aprovação nesses exames e se limitasse a provisão de advogados não formados, a história mostrou que a nomeação obedecia a critérios políticos, servindo de instrumento para agraciar os aliados ou apadrinhados[154]. A provisão era temporária, válida de dois a quatro anos (SOUZA, 1935), mas era possível que o provisionado pagasse uma taxa para obtê-la a título vitalício (COELHO, 1999).

Os solicitadores, por sua vez, eram aqueles que lidavam exclusivamente com a burocracia forense, sem a distinção dos bacharéis ou os contatos políticos dos solicitadores: bastava-lhes a aprovação em exames de prática processual. Era uma atividade desprezada, por sua natureza mecânica, à qual os bacharéis se recusavam rebaixar.

Por fim, os rábulas[155] eram homens comuns que, com base na confusão e ambigüidade da lei, podiam praticar certos atos do processo em lugar da parte, bastando uma simples procuração privada.

Essas vicissitudes legais, que permitiam tão ampla gama de prestadores de serviços jurídicos, tinham a sua razão de ser. A elite do Império não tinha interesse em avocar, àquela época, o monopólio sobre os atos de advocacia. A questão era muito mais de status que de competências, ou, nas palavras de Coelho (1999, p. 171), "a grande linha de diferenciação entre tais categorias de procuradores era de natureza social e cultural, relegado o critério formal-legal a segundo plano".

---

[154] Os abusos nas nomeações são evidentes no Aviso ministerial nº 480 (25/8/1836), enviado da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça ao Presidente da Relação Do Rio de Janeiro, restringindo a concessão de licenças, e no Aviso nº 160 (2/5/1874), da mesma pasta, disciplinando que "havendo bacharéis em numero sufficiente, não se devem dar novas licenças aos Advogados provisionados" (COELHO, 1999, p. 168).

[155] Adotamos aqui a nomenclatura de Edmundo Campos Coelho, que restringe o conceito de "rábula" aos procuradores privados. Há, contudo, na literatura, aqueles que estendem esta categoria para abarcar os provisionados e solicitadores, ou seja, todos os não-bacharéis. Mario Guimarães Souza, por exemplo, afirma que "os solicitadores [...] são também chamados 'procuradores de causas', 'leguleios', 'rábulas', etc." (SOUZA, 1935, p. 362).

Não havendo um monopólio dos advogados, tampouco uma corporação auto-reguladora das profissões jurídicas, seu controle era exercido, de maneira muito difusa e casuística, pelas autoridades públicas. O Legislativo, o Conselho de Estado e o Ministério da Justiça concorriam nessa confusa regulação profissional, que atendia a critérios políticos e pessoais.

Exemplos dessa regulação *ad hoc* são as Resoluções de 4/3/1863 e de 4/8/1863, estabelecendo, respectivamente, que os cegos podem advogar e que o exercício da função de pároco é incompatível com a advocacia, assim como o Aviso de 23/5/1874 da pasta da Justiça, impedindo o suplente de juiz substituto de advogar durante o exercício da magistratura. Prova cabal dos critérios de conveniência política que motivavam essa regulação *ad hoc* é a Lei 243 de 30/11/1841, cujo Art. 1º estatuía que "Antonio Pereira Rebouças está habilitado para advogar em todo o Imperio, independentemente de licença dos presidentes da Relação, como se fôra Bacharel formado, ou Doutor em ciências juridicas e sociaes" (COELHO, 1999, p. 168).

Da mesma forma, a definição da natureza privada ou pública da advocacia variou conforme os interesses em questão. Os honorários, por exemplo, eram definidos por lei, pelo Regimento das Custas Judiciárias, mas uma alteração legislativa reconheceu o caráter privado da profissão e a possibilidade de firmar contrato de serviços com o cliente; contudo, caso não o fizesse, sujeitava-se às taxas da lei (COELHO, 1999, p. 169). Para evitar que os advogados incorressem em crimes típicos de funcionários públicos, o ministério da Justiça respondeu a uma consulta afirmando que a advocacia era uma "indústria privada" (Aviso de 29/9/1860), porém, para impedir que estrangeiros pudessem advogar, o Conselho de Estado pondera que a profissão de advogado "não póde ser classificada como pura e ampla profissão industrial, titulo unico que poderia favorecer o estrangeiro" (COELHO, 1999, p. 169).

4.2.2.3 Regulação da Profissão de Engenheiro

A Engenharia é a terceira das profissões prototípicas que se organizaram no século XIX. No Brasil, a constituição dessa profissão tem origem remota, na diferenciação do ensino militar proporcionado pela Academia Real Militar, fundada em 1810, que formava engenheiros militares e civis[156].

[156] Como esclarece Cunha (2007, p. 94), "o qualificativo civil da engenharia teve, inicialmente, a função de distingui-la de outra engenharia, a 'militar'. Foi muito mais tarde que o termo 'civil' passou a designar uma engenharia 'geral', não-especializada. Foi só a partir do Século XX que a engenharia civil

Em 1858, foi criada a Escola Central, sob o controle do Ministério da Guerra (Decreto 2166 de 1º de março 1858). Se se tomar a concessão de título acadêmico formal como marco instituidor de uma profissão, a engenharia nasceu com essa escola, pois os egressos dela faziam jus a dois títulos, conforme a duração dos estudos: Engenheiro Civil (seis anos de estudos) e bacharel ou doutor em Matemáticas e Ciências Físicas ou Ciências Naturais (quatro anos de estudos).

Em 1874, a Escola central converteu-se na Escola Politécnica e saiu da jurisdição militar, passando a ser administrada pelo Ministério do Império. Logo a seguir, foi criada também a Escola de Minas de Ouro Preto. Na Politécnica, formavam-se Bacharéis em Ciências Físicas e Naturais e em Ciências Físicas e Matemáticas, além de Engenheiros Civis, de Minas e de Artes e Manufaturas.

O ensino era principalmente teórico e centrado nos estudos matemáticos e, por isso, de reduzida aplicação prática e imediata. Esse tipo de formação acadêmica preparava profissionais sem a competência técnica necessária para gerir os grandes empreendimentos de infra-estrutura que se implantaram no Brasil na segunda metade do Século XIX (ferrovias, portos, iluminação pública, redes de esgoto e gás). Tais obras foram entregues a ingleses ou americanos desprovidos de títulos acadêmicos, pois a engenharia nesses países era baseada principalmente no aprendizado prático e somente bem mais tarde se vinculou a universidades. Verificava-se a esdrúxula situação de subversão do credencialismo, pois estavam "os engenheiros brasileiros, diploma no bolso e anel de grau no dedo, subordinados, nos canteiros de obras, à autoridade técnica dos 'práticos' estrangeiros" (COELHO, 1999, p. 197).

A engenharia no Brasil surgiu como profissão assalariada e dependente do Estado, pois, numa economia agroexportadora alicerçada no trabalho escravo, pouco espaço havia para as profissões técnicas, mormente se se somasse a tal cenário econômico o desprezo pelas atividades mecânicas, qualificadas como trabalho servil.

A burocracia pública tornou-se o campo de trabalho natural dos engenheiros brasileiros, sendo que a primeira reserva de mercado veio com o Decreto nº 2.911, de 10 de maio de 1862, que criou o Corpo de Engenheiros Civis do Ministério da Agricultura. Outro exemplo de privilégio ocupacional foi dado pelo Decreto nº 3001, de 9 de outubro de 1880, que estabeleceu o título acadêmico como requisito para o preenchimento de cargos

---

veio a ser entendida como uma especialidade em edificações, estradas, águas e esgotos etc., perdendo aquelas conotações."

técnicos na administração pública, tanto para os engenheiros nacionais como para os estrangeiros. Contudo, logo a seguir, foi necessário excepcionar o caso dos engenheiros ingleses, para os quais seria suficiente a comprovação de que eram membros efetivos do Instituto dos Engenheiros Civis de Londres, tendo em vista a formação eminentemente prática dessa profissão na Inglaterra.

Se, na burocracia pública, os engenheiros conseguiram condicionar o acesso a alguns postos de trabalho à posse do título acadêmico, não foram eles bem-sucedidos no mercado privado, que permanecia desregulado e aberto à concorrência com os construtores e mestres-de-obras.

Em uma rara oportunidade, o Instituto Politécnico Brasileiro, associação representativa dos engenheiros, encaminhou ofício ao Ministro da Agricultura sugerindo que fosse exigido diploma ou carta de habilitação para o exercício da engenharia nas principais capitais e que as obras (construções e reformas) somente fossem autorizadas se acompanhadas de projetos elaborados por engenheiros e arquitetos qualificados por títulos acadêmicos. Lembravam, no citado ofício, que parecia justo exigir para a prática da engenharia os mesmos critérios que se aplicavam à medicina e à advocacia, que dispunham de privilégios profissionais vinculados aos diplomas (COELHO, 1999, p. 202).

Segundo Diniz (2001, p. 59), a pretensão do Instituto Politécnico Brasileiro não encontrou eco entre as autoridades públicas e não vingou, pelo fato de as construções mais simples continuarem a "ser feitas pelos mesmos padrões dos tempos coloniais – estruturas de alvenaria de pedra, ligadas com argamassa de cal ou taipa, exigindo apenas um conhecimento prático que os mestres-de-obras dominavam magistralmente", enquanto as inovações tecnológicas ou arquitetônicas dependiam dos estrangeiros. Em suma, faltou à engenharia capacidade de demonstrar a sua superioridade técnica tanto em relação aos práticos estrangeiros como aos construtores privados nacionais, pois "os títulos formais dos engenheiros nacionais eram mais uma marca de distinção social do que de aptidão profissional, e, de qualquer forma, era mais importante controlar qualidade do 'produto' do que a qualidade do 'produtor'" (2001, p. 61).

Em suma, os engenheiros tinham ao fim do Império um mercado de trabalho privado desregulado e competitivo, bem como um pouco de espaço reservado para o título acadêmico em alguns postos da burocracia do Estado, que se tornou o principal empregador desses profissionais, encontrados com mais freqüência fiscalizando obras

públicas, examinando contratos, preparando pareceres e relatórios do que comandando canteiros de obras (COELHO, 1999, p. 197).

4.3 A CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891

Com a proclamação da República, foi promulgada a Constituição de 1891, que deu à regra que trata da liberdade de profissão um feitio que gerou muita polêmica nas primeiras décadas do século XX, ao não se deixar expressa a possibilidade de o legislador restringi-la ulteriormente por motivos de ordem pública, como fazia a Carta de 1824. Dispunha o §24 do artigo 72 da Carta de 1891 que "É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intellectual e industrial".

O debate jurisdicional que se desenrolou durante a República Velha teve como questão central a pertinência da exigência do diploma para o exercício da profissão médica, farmacêutica e odontológica. Como já dito, desde 1832 se reclamava a posse do título acadêmico para o exercício da medicina, bem como se protegiam os privilégios ocupacionais desses títulos, com sanções administrativas pecuniárias. Nos primeiros meses da República, antes de ser promulgada a Constituição de 1891, foi editado o novo Código Criminal da República, em 1890, que previu uma tutela penal específica para defesa da medicina acadêmica oficial, lançando no campo da ilicitude penal diferentes agentes terapêuticos populares e suas respectivas práticas curativas, ao qualificá-los como praticantes ilegais da medicina, charlatães ou curandeiros (arts. 156, 157 e 158 do Código Penal de 1890).[157]

[157] "Art. 156. Exercer a medicina em qualquer de seus ramos, a arte dentária ou a pharmacia: praticar a homeopatia, a dosimetria, o hypnotismo ou magnetismo animal, sem estar habilitado segundo as leis e regulamentos:
Penas – de prisão cellular por uma a seis meses, e multa de 100$000 a 500$000.
Paragrapho único. Pelos abusos commettidos no exercício illegal da medicina em geral, os seus autores sofferão, além das penas estabelecidas, as que forem impostas aos crimes que derem causa."
"Art. 157. Praticar o esperitismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismans e cartomancias, para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar cura de moléstias curáveis ou incuráveis, enfim, para fascinar e subjugar a credulidade pública:
Penas – de prisão cellular por um a seis meses, e multa de 100$ a 500$000.
§ 1º Se, por influência, ou por conseqüência de qualquer destes meios resultar ao paciente privação ou alteração, temporária ou permanente, das faculdades psychicas:
Penas – de prisão cellular por um a seis annos, e multa de 200$000 a 500$000.
§ 2º Em igual pena, e mais na de privação de exercício da profissão por tempo igual ao da condenação, incorrerá o médico que directamente praticar qualquer dos actos acima referidos, ou assumir a responsabilidade delles.
art. 158. Ministrar ou simplesmente prescrever, como meio curativo, para uso interno ou externo, e sob qualquer forma preparada, substância de qualquer dos reinos da natureza, fazendo, ou exercendo, assim, o officio denominado curandeiro:
Penas – de prisão cellular por um a seis meses, e multa de 100$000 a 500$000.

Provavelmente, a nova lei penal traduzia tardiamente a cláusula condicional do § 24 da Constituição de 1824, que dizia ser livre o exercício de profissão "desde que não se opusesse aos costumes públicos, à segurança da população e saúde pública", ao eleger o diploma como garantidor de práticas seguras e, por isso, práticas legais.

A Constituição Republicana de 1891 assegurava, no entanto, o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual ou industrial, sem facultar ao legislador a imposição de qualquer restrição, o que suscitou acirrado debate em torno da recepção tanto das normas penais supracitadas como da legislação editada no Império, que condicionavam o acesso a certas profissões à posse de título acadêmico (diploma) como meio de aferir capacidade profissional.

Não bastasse a celeuma produzida pelo texto da Constituição Federal, no Estado do Rio Grande do Sul, a Constituição Estadual, de 14 de julho de 1891, de forte inspiração positivista, proibiu expressamente a exigência de títulos acadêmicos como critério para o exercício das profissões, prescrevendo nos parágrafos 5º e 17 de seu art. 71:

> Art. 71 A Constituição oferece aos habitantes do Estado as seguintes garantias:
> [...] § 5º Não são admitidos também no serviço do Estado os privilégios de diplomas escolásticos ou acadêmicos, quaisquer que sejam, sendo livre no seu território o exercício de todas as profissões de ordem moral, intelectual e industrial.
> [...] § 17 Nenhuma espécie de trabalho, indústria ou comércio, poderá ser proibida pelas autoridades do Estado, não sendo permitido estabelecer leis que regulamentem qualquer profissão ou que obriguem a qualquer trabalho ou indústria.

Pois bem, a liberdade profissional converteu-se, nas palavras de Coelho (1999), numa controvérsia republicana que pôs, de um lado, os chamados credencialistas, que "afirmavam que só o diploma garantia a perícia e, por essa forma, salvaguardava os interesses da população contra os perigos da prática não qualificada" (1999, p. 229); de outro lado, contrapunham-se os anticredencialistas, para quem o título acadêmico não era garantia de qualificação, pois "qualquer restrição à liberdade profissional significava premiar aos bacharéis ignorantes que as escolas produziam às centenas, punir os não diplomados que demonstrassem competência e, principalmente, negar ao cidadão o direito de se consultar com quem melhor lhe conviesse" (1999, p. 230).

Paragrapho unico. Se do emprego de qualquer substancia resultar á pessoa privação ou alteração, temporaria ou permanente de suas faculdades psychicas ou funcções physiologicas, deformidade, ou inhabilitação do exercício de órgão ou apparelho orgânico, ou, em summa, alguma enfermidade:
Penas – de prisão cellular por um a seis annos, e multa de 200$000 a 500$000.
Se resultar a morte:
Pena – de prisão cellular por seis a vinte e quatro annos."

Em abono da tese credencialista, Maximiliano (2005, p. 742) sustentou que a liberdade garantida pelo § 24 do artigo 72 proscrevia a existência de corporações de ofícios ou discriminações ilegítimas entre os indivíduos, ressalvando, porém, que, como não se conhece liberdade absoluta, pois "qualquer franquia tem por limite o interesse superior da coletividade", seria possível exigir, sem ofensa à norma constitucional, "provas de habilitação para o exercício de certas profissões, como a de médico, cirurgião, pharmaceutico, dentista, conductor de vehiculos urbanos, piloto. Trata-se, nesse caso, da saúde e da vida dos cidadãos pelas quaes deve o Estado velar paternalmente."

Outro argumento difundido em favor da conformidade da exigência do diploma como requisito de habilitação para o exercício das profissões, com o § 24 do artigo 72 da Constituição de 1891, era de natureza histórica. De acordo com Cavalcanti (1891, 2002, p. 330-331), os anais da Assembléia Constituinte comprovavam que não se pretendeu abolir os títulos acadêmicos como condição para o exercício das profissões intelectuais, pois, em duas oportunidades[158], o Congresso Constituinte rejeitou as emendas, apresentadas por parlamentes fiéis ao Apostolado Positivista Brasileiro, que expressamente dispensavam tais títulos.

Segundo a tese credencialista, a rejeição de tais emendas não teria sido motivada pelo fato de serem supérfluas, mas pela vontade clara e consciente do Constituinte de não incorporar tal tipo de condição à regra que tratava da liberdade de profissão, pois, se foram discutidas e repelidas, é porque o legislador considerou o título acadêmico requisito indispensável para o exercício das profissões.

Na apologia da tese anticredencialista, bateram-se, sobretudo, os membros do Apostolado Positivista do Brasil,[159] que postulavam a não interferência do Estado nas

---

[158] O Deputado Demétrio Ribeiro, que integrava o Apostolado Positivista, propôs, na sessão de 12 de dezembro de 1890, uma representação em que pedia uma redação para o § 24 do artigo 72, que contivesse o seguinte esclarecimento: "A Republica também não admitte prvilegios philosophicos, scientificos, artísticos, clínicos, e technicos, sendo livre no Brazil o exercício de todas as profissões, independente de qualquer título escolástico, academico ou outro, seja de que natureza for".

Uma segunda tentativa foi empreendida pelos constituintes Alcindo Guanabara, Demetrio Ribeiro, Annibal Falcão e Barbosa Lima, que apresentaram outra emenda destinada a tornar explícita a exclusão dos diplomas como critério de acesso às profissões, nos seguintes termos: "Acrescente-se ao additivo ao art. 72, offerecido pela commissão: *Independente de títulos ou diplomas de qualquer natureza, cessando desde já todos os privilégios que a elles se liguem ou d´elles emanem.*" Sobre o tema relativo à tramitação dessas emendas, cf. Mendonça (1906, p. 332-333).

[159] O Apostolado Positivista do Brasil teve participação relevante na proclamação da República, tendo, entre os seus lideres, Benjamin Constant, Demetrio Ribeiro, Teixeira Lemos, Miguel Lemos, Borges Medeiros, Julio Castilho etc. Sofreu forte influência da filosofia de Augusto Comte, que formulou uma complexa teoria para organização racional da sociedade, com base na ciência. Para os positivistas, se há uma regularidade no mundo "físico", deverá ela verificar-se também no universo humano. Logo, a filosofia científica deve identificar essas "leis" que determinam as ações humanas, o que permitirá a

liberdades espirituais,[160] isto é, liberdade religiosa (independência entre qualquer culto ou igreja e o Estado), liberdade de pensamento e expressão, liberdade de ensino, que deve ser laico e gratuito, e liberdade de profissão (supressão dos privilégios escolásticos e acadêmicos).

No pensamento positivista comtiano, a liberdade espiritual constitui condição para o desenvolvimento espontâneo da humanidade. É a partir do conflito e da concorrência entre as concepções existentes na sociedade sobre a realidade que se chegará à lei positiva, razão pela qual se condena qualquer privilégio concedido a uma doutrina. Daí a razão por que a liberdade espiritual exige a completa e integral abstenção do Estado de tudo o que não for crença unânime, sendo condenada pelo pensamento positivista a intervenção do poder temporal no livre debate das doutrinas, prejudicando a concorrência e, portanto, o processo de seleção natural que, no campo das idéias, como no da vida, assegurará o triunfo das mais aptas e capazes de explicar a realidade.

Os positivistas concordavam com o raciocínio de que ninguém pode exercer uma profissão sem estar devidamente preparado, sem ter o saber técnico exigido para o seu desempenho. Todavia, argumentavam que tais conhecimentos poderiam ser adquiridos fora da academia e do ensino oficial. Como o diploma não era uma garantia efetiva de perícia, mas uma simples presunção, deveria ser preservada a liberdade de escolha do cidadão de tratar com quem lhe aprouvesse, não devendo o Estado interferir no livre-arbítrio individual para estabelecer esta ou aquela ciência.

No que tange propriamente ao exercício da medicina, argüia-se que a lei não poderia impor o médico à confiança do cidadão, pois "como cada um de nós procura o amigo de mais respeito para as expansões e os conselhos nas dores morais, assim também

---

libertação do homem pelo conhecimento positivo. O comtismo criou a sua própria religião, puramente natural, racional, científica e exclusivamente humana, que pretendeu concorrer para o aperfeiçoamento moral, intelectual e prático da humanidade, com base na proposta político-religiosa de reestruturação da sociedade, com fundamento na máxima "o amor por princípio, a ordem por base e o Progresso por fim", que, por sua vez, se decompõe na máxima "viver para outrem: subordinar o indivíduo à família, esta à pátria e a pátria à humanidade". Nessa linha, o lema "ordem e progresso", que pretende uma organização social em que cada coisa esteja em seu devido lugar, para a perfeita orientação ética da vida social. Sobre a história do positivismo no Brasil e seu papel na organização da República, ver Lins (1967), bem como a respeito da filosofia positivista, ver Ribeiro Júnior (2003).

[160] De acordo com Barros (1986, p. 114), a liberdade espiritual dos positivistas nada tem em comum com a liberdade de consciência do pensamento liberal, pois esta é um valor em si e absoluto para os liberais, ao passo que aquela, para os positivistas, é um simples meio para alcançar um fim mais afastado, pois é a concorrência das doutrinas que conduzirá à filosofia regeneradora, sendo, dessa forma, a liberdade espiritual "uma condição provisória, que há de facilitar a 'transição orgânica' da sociedade, preparando o advento do positivismo, nunca a expressão de um estado definitivo, desejável como o mais apto para plena realização da essência do humano."

trata-se cada um com quem mais confiança lhe inspirar, seja doutor em medicina ou um simples prático, um curandeiro" (OSÓRIO, 1982, p. 242).

Por outro lado, questionava-se a própria consistência paradigmática da medicina, que era, àquela época, incapaz de demonstrar a própria eficácia terapêutica e, portanto, de conquistar a confiança da sociedade, asseverando Mendonça que

> O emprego das drogas segue uma moda tão variavel e tão inconstante como a do vestuario, apenas com maior prejuízo de seus adoradores.
> Si, pois, o estado da medicina não attingiu o grau de precisão da engenharia, si o emprego das drogas, a que ella hoje exclusivamente se reduz, repousa apenas na accumulação de aberrações sobre casos semelhantes, todo therapeutica é puramente empírica.
> Que importa, portanto, que o empírico tenha diploma ou não? [...]
> Consulta-se um medico como se consulta um sacerdote. E tão absurdo seria o recurso a um sacerdote estranho a fé do individuo para guial-o por seus conselhos, quanto é o supor que se recorra a um medico sem a fé prestabelecida de que elle dispõe effectivamente de meios para realizar certa cura. [...]
> Ora, como poder conceber que condições estranhas, alheias ao individuo, venham estabelecer as bazes dessa confiança? Dada a ausência de toda doutrina medica, dada falta completa de uma theoria racional das drogas, qual o criterum de que póde se utilizar o governo para escolher entre as escolas medicas ou entre os meios therapeuticos empregados? Em summa, qual é a medicina que deve ser diplomada, a que não é nociva a saude pública?" [...]
> Accresce que ha allopathas e homoepathas. De forma que si o governo se arrogar o direito de escolher entre os dous os seus conselheiros, exerce afinal um acto de confiança, uma liberdade de escolha, que se nega, ou pretende se negar, ao individuo, para escolher o medico que deve curalo-o ou a pessoa de sua familia (MENDONÇA, 1908, p. 348-349).

Para os anticredencialistas, era suficiente a liberdade com responsabilidade, isto é, o código penal e a legislação civil já continham os instrumentos necessários para preservar a saúde pública de potenciais danos ocasionados por ineptos, com ou sem diploma. Sob o pretexto de acautelar a saúde pública contra a ignorância dos charlatães, os defensores do monopólio do diploma aspiravam, de fato, proteger-se da competição. Sem a salvaguarda do diploma, teriam de demonstrar a competência na prática profissional cotidiana, de sorte que o livre exercício, longe de prejudicar, aperfeiçoaria pela concorrência todas as profissões.

O Apostolado Positivista também vinculava a liberdade de profissão à liberdade de religião, por serem expressão da liberdade espiritual que deveria estar completamente imune à intervenção do poder temporal, argüindo Osório (1982, p. 243) que

> A Constituição Política da República assegura e garante a mais ampla liberdade espiritual. O Estado não tem igreja oficial, não subvenciona cultos, não admite distinção alguma por motivo de crenças religiosas. Perante a lei não há crentes, há simplesmente cidadãos. Ora, se o Estado abstém-se de intervir em questões religiosas, se deixou a delicada questão da fé ao foro íntimo, à consciência do indivíduo, não pode tornar-se **cientista**, impor dogma científico, privilegiando o exercício de certas profissões, fechando o acesso aos que não receberam o batismo nas águas lustrais das academias. Seria uma monstruosa contradição.
> E principalmente na medicina, bem difícil senão impossível seria para o Estado o preenchimento dessa missão de promulgador de dogmas científicos.

Os anticredencialistas apegavam-se à literalidade do §24 do artigo 72 da Constituição, que declarava ser indubitavelmente livre o exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial, sem prescrever nenhuma condição, bem como não teria sido outorgada ao legislador a competência para restringir o exercício dessa liberdade fundamental. Portanto, diante da clareza da regra, na qual a vontade do constituinte foi cristalinamente registrada, não poderia o intérprete substituí-la pela sua, determinando requisitos de capacidade onde o constituinte não os estabeleceu, violando, pois, o espírito da lei.

Nota-se que a exegese histórica também foi invocada pelos anticredencialistas, para demonstrar que o objetivo do § 24 do artigo 72 tinha sido efetivamente excluir a exigência de títulos acadêmicos para o exercício das profissões. Essa tese foi sufragada por Lins (1922, p. 225), que sustentou terem os positivistas deixado na Constituição Federal, no que toca à liberdade profissional, "um traço indelevel de sua doutrina triunphante, como, no Governo Provisório, o deixaram, entre outros, na Bandeira Nacional".

Relata Lins (1922, p. 223) que, proclamada a República, o Governo Provisório nomeou uma comissão de cinco juristas[161], que elaborou um projeto de constituição para o Congresso Constituinte, consignando sobre o tema a seguinte proposta no artigo 89, § 5º: "Todos podem escolher e seguir a profissão que mais lhes convenha". Não acolheu, porém, a Constituinte essa proposta, mas a deduzida por Julio de Castilho, um dos líderes do Apostolado Positivista, a qual, aceita pela comissão dos vinte um, ficou assim redigida: "É garantido o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial". Trata-se, *ipsis verbis*, do texto que restou inscrito no §24 do art. 72 da Constituição.

Segundo Lins (1922, p. 224), a fonte de inspiração da emenda apresentada por Julio de Castilho e acolhida pela Constituinte teria sido o nº 19 do art. 37 das *Bases de uma Constituição Política Dictatorial para a Republica Brasileira, em nome da Umanidade, da Pátria e da Família, Ordem e Progresso*, oferecidas ao Congresso Constituinte por Miguel Lemos e Teixeira Mendes, líderes do Apostolado Positivista. O texto positivista previsto no art. 37, nº 19, teria redação nos seguintes termos: *"E´ garantido o livre ezercicio de todas as profissões quer moraes, quer intellectuaes, quer industriaes*".

Dessa forma, Lins (1922, p. 220) conclui que a interpretação histórica corrobora a tese positivista de que a Assembléia Constituinte, ao rechaçar as emendas que pretendiam explicitar a vedação de se exigir a habilitação por meio de diplomas para o exercício das

[161] A comissão era composta por Saldanha Marinho, Rangel Pestana, Santos Werneck, Magalhães Castro e Américo Brasiliense.

profissões, o fez porque as considerava desnecessárias e supérfluas, porquanto já se encontravam implícitas na sintética fórmula do dispositivo constitucional, que era incondicionado e irrestrito.

Ao fim e ao cabo, a magistratura terminou por dirimir a querela sobre a liberdade profissional na prática médica, prevalecendo no Supremo Tribunal Federal a tese credencialista de que o §24 do artigo 72 não tinha o propósito de abolir diplomas e títulos acadêmicos como critério de acesso a certas profissões, pois o bem geral e individual restavam mais bem acautelados com precauções indispensáveis na prática de certas artes e ciências[162].

Em contraste com a corrente majoritária, o voto vencido[163] proferido pelo Ministro Edmundo Lins a respeito do tema da liberdade de profissão evidencia que a polêmica não se encerrou tranqüilamente. Apesar de longa, a citação de parte desse voto demonstra como a questão dividia as opiniões:

> Quem subscreve este voto foi, muitos annos, professor de Direito, e nunca foi, nem é positivista.
> Não é tambem legislador constituinte; mas, apenas, ha trinta annos, executor da lei – magistrado. Proferindo este voto, nada mais faz que *executar* a lei das leis – a Constituição Federal. Cumprindo-a, não affirma que o Congresso Constituinte tenha procedido bem, quando votou o § 24 do art. 72. Mas tambem não affirma que tenha procedido mal.
> Alguns factos ineluctaveis inhibem-n'o de o fazer:
> 1º) Um ministro, que muito honrou o Supremo Tribunal, não cursou nenhuma das nossas Academias de Direito e em nenhuma dellas defendeu theses ou prestou qualquer exame – o DR. AMARO CAVALCANTI;
> 2º) Por um decreto legislativo é que ANTONIO PEREIRA REBOUÇAS obteve a carta de doutor em Direito; e, entretanto, foi o único jurista que teve coragem de criticar a *Consolidação das leis civis* e de travar, a respeito, discussão com TEIXEIRA DE FREITAS (REBOUÇAS, *Consolidação das leis civis*), que o tratou com todo o respeito (Vide nota 10 ao art. 11 da *Consolidação est passim*.) como devia; pois algumas vezes REBOUÇAS é que tinha razão, como quando censurou a inclusão das apolices da divida publica entre *os immoveis* (Vide *Consolidação,* de REBOUÇAS, pág. 18).
> 3º) Ha trinta annos que o Rio Grande do Sul admitte o livre exercicio de todas as profissões liberaes, e, entretanto, não consta que a mortalidade lá seja superior á dos outros Estados do Brasil como, egualmente, não consta seja maior o coefficiente dos processos annullados ou das causas perdidas por impericia profissional dos advogados. Nunca verifiquei isto nos innumeros processos daquelle Estado, que tenho examinado, quer civeis, quer criminaes. Cumpra-se, pois, o mandamento da Constituição, que é de clareza translucida; e, si a pratica demonstrar que é inadaptavel ao nosso meio, que o poder competente o abrogue.
> Este Tribunal é que não tem competencia para fazel-o – guarda, que é, da Constituição.

[162] Aresto 1642: "A liberdade profissional assegurada pelo art. 72, § 24, da Constituição não exclue a necessidade do titulo de habilitação para exercer no Brasil a medicina e outras profissões científicas. Nessa linha, também os arestos números 1643 (7.8.1912) e 1644 (19.4.1913)". Aresto 1648: "Já em vários acc. têm julgado o STF que somente indivíduos habilitados pelas Faculdades de Direito officiais, e pelas livres a essas equiparadas podem exercer a advocacia, e as petições iniciaes assignadas poer esses advogados são as únicas que devem ser admitidas." Decisões citadas em Azevedo (1925).

[163] Voto divergente proferido na Apelação nº 3.283-CE, ver Lins (1922).

A controvérsia acerca da liberdade de profissão varou toda a República Velha, pois, apesar de a jurisprudência majoritária ter acolhido a tese credencialista, no Rio Grande do Sul, onde as idéias positivistas encontraram campo bem mais fértil, reinou a mais completa liberdade de profissão[164] até o triunfo da Revolução de 30 e a ascensão de Getulio Vargas, quando um novo tipo de regulação profissional emergiria (auto-regulação corporativa), bem como as Constituições ulteriores haveriam de consagrar a competência do legislador para restringir esse direito. Ressalve-se, no entanto, que o debate constitucional a respeito da exigência do diploma como requisito de habilitação para o exercício das profissões não restou esgotado, conforme se verá adiante[165].

4.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Revolução de 1930 marca a ruptura com a ordem constitucional *laissez-faire* da República Velha, que foi substituída pela intervenção do Estado em setores diversificados da vida social e econômica, como forma de superar a recessão desencadeada pela crise financeira internacional de 1929 e porque uma nova concepção do papel do Estado no domínio econômico ganhou relevância e espaço no ideário político, segundo a qual a autoridade pública deve agir não apenas para "suprir disfunções do sistema de mercado", mas também para "implementar objetivos de política econômica definidos a nível político" (NUSDEO, 1995, p. 41).

No campo da liberdade profissional, há uma mudança radical a respeito da função do Estado, pois se abandonou a postura ambígua que prevaleceu na República Velha, em função do teor do § 24 do artigo 72, de inspiração positivista, que era refratário à regulação

[164] Bom exemplo da liberdade de curar e, por conseguinte, da liberdade de profissão que grassou no Rio Grande do Sul é o Decreto nº 1240-A, de 31 de dezembro de 1907 (Regulamento Estadual da Diretoria de Higiene), que dispunha em apenas dois artigos a respeito da medicina e farmácia tão-somente para fixar: i) " é livre no território do Estado o exercício da medicina em qualquer dos seus ramos e da farmácia"; e ii) "os abusos cometidos deveriam ser investigados e denunciados ao Ministério Público pela Diretoria de Higiene". De acordo com o Diretor de Higiene, Dr. Protásio Alves, o Decreto 1240 A visava "à máxima liberdade compatível com a ordem, garantia da saúde e interesse da coletividade" (KUMMER, 2002, p. 39). Em 1922, foi editado um novo Código Estadual de Serviços de Higiene (Decreto 3016, de 25 de agosto de 1922) que nada alterou no tocante à liberdade de curar e de exercício de profissões da saúde, tendo apenas acrescido dois itens à lista de doenças transmissíveis que eram de notificação compulsória. Na área jurídica, Sodré (1967, p. 43) relata que: "No Rio Grande do Sul 60% dos que exerciam a advocacia não possuíam diploma algum. Refletindo o espírito positivista, o Código de Processo Civil e Comercial daquele Estado, no seu art. 62, facultava "a qualquer pessoa no uso do mandato, requerer e alegar perante os tribunais, sem dependência de alguma de prova de habilitação".

[165] Sobre a discussão do cabimento do diploma como critério de acesso às profissões, ver Capítulo V.

profissional[166]. Com efeito, é visível no teor do artigo 113, nº 13, da Constituição de 1934, que preceitua ser "livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público", a ampliação da competência do Estado para interferir nesse direito fundamental, porquanto não somente as tradicionais condições de capacidade técnica (título acadêmico) poderiam ser requeridas, como também outras que o legislador elegesse como expressão do interesse público, aumentando a discricionariedade legislativa para a conformação dessa liberdade.

Os motivos para essa alteração de postura do Estado com relação às profissões são de mais de uma ordem, porém complementares entre si. Primeiro, há um esforço de racionalização e estruturação do desordenado mercado de serviços profissionais, ou seja, uma busca pela ordem. Segundo, a presença no ideário nacional do pensamento corporativista como modelo de organização social e econômica alternativo ao mercado livre e desregulado do capitalismo liberal e à planificação estatal do socialismo.

Também, há o interesse do novo governo de cooptar o apoio dos segmentos sociais representados nas associações profissionais. Não se deve olvidar que o Decreto 22.653/33 previu a participação de deputados eleitos pelas associações profissionais, tendo esse tipo de representação sido mantido no artigo 23 da Constituição de 1934[167]. Ora, a estruturação

[166] Exemplo dessa ambigüidade acerca da função regulatória do Estado nas profissões pode ser vista na opinião de Maximiliano (2005, p. 749), que, embora admitisse a possibilidade de se exigir título acadêmico para o acesso às profissões, sustentou que não era compatível com a ordem constitucional a criação de corporações profissionais, argumentando: "Quanto às profissões liberaes só é licita a exigência de prova de capacidade. Qualquer outra restricção ou regulamentação seria incompatível com a liberdade assegurada pelo estatuto supremo. Não póde existir, portanto, a Ordem dos Advogados, reminiscência das corporações de officio, que permitindo a pratica da profissão só aos seus membros, que, além, do titulo acadêmico, devem sujeitar-se a um estagio (de tres annos, em geral) e obter afinal [*sic*] ser inscriptos no quadro. Também se não explica nem justifica o direito que se arrogam os Governos de taxar, em Regimento de Custas, os honorários dos advogados que os não estipularam préviamente em contracto escripto. Todas as profissões licitas, assim como os indivíduos, são iguaes perante a lei; portanto não cabe ao poder publico a prerrogativa de estabelecer tabella de preços do trabalho para certos cidadãos, sobretuto se attribue a todos os outros o direito de recorrer ao arbitramento."

[167] Art. 23. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicar.

[...] § 3º - Os Deputados das profissões serão eleitos na forma da lei ordinária por sufrágio indireto das associações profissionais compreendidas para esse efeito, e com os grupos afins respectivos, nas quatro divisões seguintes: lavoura e pecuária; indústria; comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos.

§ 4º - O total dos Deputados das três primeiras categorias será no mínimo de seis sétimos da representação profissional, distribuídos igualmente entre elas, dividindo-se cada uma em círculos correspondentes ao número de Deputados que lhe caiba, dividido por dois, a fim de garantir a representação igual de

de um sistema de representação política alicerçado em associações profissionais não era viável sem algum grau de intervenção legislativa reconhecendo e disciplinando tais profissões e ocupações.

Uma terceira explicação para o novo tipo de regulação profissional pós-30 foi proposta por Santos (1979), para quem o conceito-chave para compreender a política econômico-social inaugurada na era Vargas (além de entender "a passagem da esfera da acumulação para eqüidade") é o de "cidadania regulada", que estaria implícito na prática política do governo revolucionário de 1930, por meio do qual a extensão de direitos sociais vinculava-se a um processo de estratificação sócio-ocupacional. Nas palavras de Santos (1979, p. 75):

> Por *cidadania regulada* entendo o conceito de cidadania cujas raízes encontram-se não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação ocupacional, e que, ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por norma legal. Em outras palavras, são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações *reconhecidas e definidas em lei*. A extensão da cidadania se faz, pois, via regulamentação das novas profissões e/ou ocupações, em primeiro lugar, e mediante a ampliação do escopo dos direitos associados a estas profissões, antes que por expansão dos valores inerentes ao conceito de membros da comunidade [grifo do autor].

De acordo com o argumento de Santos, há uma associação entre cidadania e ocupação ou profissão, pois "a cidadania está embutida na profissão e os direitos de cidadãos restringem-se aos direitos do lugar que ocupam no processo produtivo, tal como reconhecido por lei" (SANTOS, 1979, p. 75), de sorte que a regulamentação ocupacional, carteira profissional, sindicato e associações profissionais constituíram parâmetros pelos quais se definiam a cidadania e os benefícios da política social. A partir disso, a reivindicação de algumas ocupações por regulamentação profissional expressaria não somente a busca por poder e prestígio social, como é típico das profissões já estabelecidas, mas também um esforço pela obtenção do seu reconhecimento como cidadãos, o que explica o fato de a legislação identificar certas atividades laborais precárias como

---

empregados e de empregadores. O número de círculos da quarta categoria corresponderá ao dos seus Deputados.

§ 5º - Excetuada a quarta categoria, haverá em cada círculo profissional dois grupos eleitorais distintos: um, das associações de empregadores, outro, das associações de empregados.

§6º - Os grupos serão constituídos de delegados das associações, eleitos mediante sufrágio secreto, igual e indireto por graus sucessivos.

§7º - Na discriminação dos círculos, a lei deverá assegurar a representação das atividades econômicas e culturais do País.

§8º - Ninguém poderá exercer o direito de voto em mais de uma associação profissional.

§9º - Nas eleições realizadas em tais associações não votarão os estrangeiros

profissão, ainda que apenas para determinar o registro em órgão público e facultar o uso de um crachá[168].

Exemplo significativo dessa mudança paradigmática em matéria de regulação profissional foi o surgimento, em 1930, da Ordem dos Advogados do Brasil, a primeira entidade corporativa de regulação profissional do país. Embora seja uma das profissões por antonomásia, e apesar de o Instituto dos Advogados do Brasil, estabelecido em 1843, ter por objetivo criar a Ordem[169], isso só veio a ocorrer quase setenta anos depois. Não foi por falta de iniciativas legislativas. No Império, pelos menos duas tentativas foram malsucedidas (em 1851 e 1880)[170]. Na República, foram apresentados também projetos de lei com esse objetivo, mas também malograram (VENÂNCIO FILHO, 1982, p. 16-17).

As razões para tais fracassos teriam sido a falta de compromisso efetivo de uma parte da elite jurídica com o projeto de criação da entidade (COELHO, 1999, p. 189-190), o temor de que a Ordem dos Advogados constituísse uma organização política, o fato de a Ordem vir a atuar num campo em que o Legislativo e o Judiciário já ocupavam espaços e resistiam em ceder a sua jurisdição (BONELLI, 2002, p. 55), bem como as relações de clientelismo e patrimonialismo que o "provisionamento" proporcionava aos agentes públicos (BASTOS, 2007).

A instituição da Ordem dos Advogados do Brasil deu-se pelo artigo 17[171] incluído no Decreto nº 19.408, de 18/11/1930, que reorganizava a Corte de Apelação do Distrito Federal. A paternidade desse dispositivo legal foi reivindicada pelo Procurador Geral do Distrito Federal, André de Faria Pereira, que descreve tal acontecimento histórico nos seguintes termos (VENÂNCIO FILHO, 2002, p. 23,25):

Rio de Janeiro, 21 de Novembro de 1950.

---

[168] Cf. Capítulo I.

[169] Assim lemos no Art. 2º do estatuto original de 7 de agosto de 1843, do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), depois rebatizado para Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil: "O fim do Instituto é organisar a ordem dos advogados, em proveito geral da sciencia e da jurisprudencia" (BAETTA, 2003).

[170] Apesar de contar com membros muito influentes nos altos círculos de poder do Império, o IAB jamais alcançou o seu objetivo de criar a Ordem. Coelho (1999, p. 186-191) conclui que esse malogro se deve justamente à falta de empenho desses "sócios mais eminentes, aqueles em cujas carreiras a advocacia ocupara espaço menos significativo", mais preocupados com suas trajetórias políticas. Outra razão apontada seria o temor dos bacharéis de que a Ordem se tornasse um organismo forte e repressor, à moda do *battônier* francês, o que ia de encontro a seu espírito liberal e aos seus interesses de elite que não queria se subordinar à corporação. O IAB, assim, antes de ser uma organização coesa no objetivo primário de instituir a corporação dos advogados, foi uma espécie de "maçonaria de honra", que tão-somente servia para afirmar o *status* da profissão.

[171] Art. 17º. Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovado pelo Governo.

Exmo. Sr.Professor Haroldo Valladão
M.D. Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
Nesta.

Saudações atenciosas.

Distinguido por V. Excia., como convidado de honra, para assistir à sessão comemorativa do 20º aniversário da creação da Ordem dos Advogados do Brasil, tive a grande satisfação de comparecer a essa solenidade, prestigiada pela presença de representantes dos altos Poderes da República e pelos expoentes máximos da Magistratura e da advocacia. Os eloqüentes discursos proferidos, salientando o prestígio conquistado pela Ordem, nesses vinte anos de profícua existência, fixaram os traços fundamentais da sua história e os nomes dos beneméritos advogados que, durante longos anos, lutaram pela sua creação.
Notei, entretanto, uma certa imprecisão dos oradores na fixação da verdadeira origem do artigo 17 do decreto nº 19.408, de 18 de Novembro de 1930, que creou a Ordem dos Advogados e, melhor esclarecendo, julguei do meu dever trazer o meu testemunho pessoal, para que a história traduza a verdade inteira dos factos. Surpreendido com a minha reintegração, por decreto da Junta Governativa de 30 de Outubro de 1930, no cargo de Procurador Geral do Distrito Federal, de que fora ilegalmente exonerado pelo Presidente Washington Luiz, sugeri à Oswaldo Aranha, logo que ele assumiu o cargo de Ministro da Justiça, do Governo Provisório, a necessidade de se modificar a organização da então Corte de Apelação, visando normalizar os seus serviços e aumentar a produtividade de seus julgamentos.
Concordando com a idéia, pediu-me o Ministro organizasse um projeto de decreto e eu, conhecendo bem, como antigo sócio do Instituto dos Advogados, a velha aspiração dos advogados e as baldadas tentativas para sua realização, bem como, impressionado com o desprestígio a que descera a classe, preparei o projeto e inclui nele o dispositivo do art. 17, creando a Ordem dos Advogados, e o submeti à crítica de um único colega, hoje respeitado Ministro do Supremo Tribunal Federal – Edgard Costa, que sugeriu algumas medidas, que foram adotadas, entre elas, a da supressão do julgamento secreto, na Corte de Apelação, antes introduzida na legislação.
Levei o projeto a Oswaldo Aranha, que lhe fez uma única restrição, exatamente ao artigo 17, que creava a Ordem dos Advogados, dizendo não dever a Revolução conceder privilégios, ao que ponderei que a instituição da Ordem traria, ao contrário, restrição aos direitos dos advogados e, que, se privilégio houvesse, seria o da dignidade e da cultura. Discutimos, o Ministro e eu, esse ponto, do projeto, quando chegou Solano Carneiro Cunha, como eu, depositário da amizade e confiança de Oswaldo Aranha, que, felicitando-me pela oportunidade da idéia, reforçou meus argumentos, aceitando o Ministro, integralmente, o projeto, levando-o na mesma tarde, ao Chefe do Governo Provisório, que o assinou, imediatamente, sem modificação de uma vírgula.

Trazendo meu testemunho a respeito daquele dispositivo, que creou a Ordem dos Advogados do Brasil, não viso reivindicar glórias para meu nome, desde que a minha intervenção resultou de mero acidente na minha vida profissional, isto é, encontrar-se na pasta da Justiça – ao voltar eu ao cargo de que fora esbulhado e cuja reintegração estava pleiteando em Juízo – Oswaldo Aranha, a quem me ligavam laços de família e velha amizade e a cujo espírito público e inteligência se deve a assinatura daquele decreto com o dispositivo creando a Ordem dos Advogados do Brasil.
Os serviços que a Ordem tem prestado, saneando, disciplinando e defendendo a classe dos advogados e punindo seus membros faltosos – são notáveis e já proclamados pela consciência coletiva, e o seu crescente prestígio constitui motivo de orgulho para todos que trabalharam para sua creação e colaboram na realização de seus patrióticos objectivos.
Queira V. Excia. receber a segurança do alto apreço e distinta consideração do colega, que se orgulha de pertencer à classe dos advogados brasileiros, depois de haver ocupado elevados cargos da Magistratura e do Ministério Público,

Amo. Admor.
André de Faria Pereira

Com efeito, antes da criação da Ordem dos Advogados, o mercado de serviços jurídicos estava parcialmente desregulado, pois o acesso à profissão era praticamente livre, porquanto, embora houvesse o dever de registro do diploma na secretaria dos tribunais, o monopólio profissional era precário por persistir ainda a figura do "provisionado", profissional sem diploma, que obtinha autorização dos Tribunais para exercer a advocacia. Tampouco estavam adequadamente fixados os impedimentos e incompatibilidades do exercício da advocacia com outras atividades, bem como inexistia um poder disciplinar que punisse as falhas ético-profissionais. Segundo Sodré (1967, p. 44), "os advogados estavam sujeitos, apenas, ao Juiz da causa, único competente para puni-los quando em falta, e mesmo assim, só em certos casos e com certas penas. Era o reino da impunidade".

Outro fator que pesou no advento da legislação regulatória excludente para outras profissões, como já era o caso das profissões da saúde, que se encontravam protegidas da concorrência dos "práticos", pelas normas sanitárias e pelo código penal, foi a forte expansão do ensino superior na República, com a chamada desoficialização das faculdades. Com efeito, os estabelecimentos de ensino se multiplicaram e já não eram todos subordinados ao governo federal, pois os governos estaduais abriram escolas, assim como entidades privadas. O aumento expressivo das matrículas entre 1907 e 1933, como se vê na tabela 1, recrudesceu o interesse pela valorização do diploma, que "deveria perder o caráter de marca de distinção social" e funcionar, sobretudo, como atestado de perícia capaz de "render aos graduados vantagens estritamente profissionais a serem obtidas por competição no mercado" (COELHO, 1999, p. 274).

Tabela: Matrículas no Ensino Superior, 1907-1933[172].

Anos	Direito	Profissões da Saúde	Engenharia	Agronomia e Veterinária	Totais
1907	2481	2889	425	153	5948
1908	2479	3609	467	479	7034
1909	2471	4027	534	1047	8079
1910	2186	4043	624	1382	8235
1911	2538	4814	854	1402	9608
1912	2728	4820	1276	1117	9941
1927	2525	7195	1935	742	12397
1928	2707	7495	2023	749	12974
1929	3200	7696	2370	980	14246
1932	6448	10664	2180	1158	20450
1933	7818	10993	2055	1305	22171
1934	8515	12390	2005	1565	24475

Com efeito, na história da maioria das profissões, a preocupação com o mercado e a busca por regulação, expressas no projeto profissional de criação de mercado reservado de trabalho e de ascensão social (LARSON, 1977), surgem com intensidade quando há uma massa de profissionais para a qual os diplomas não constituem garantia nem de emprego nem de prestígio social. Esse projeto profissional encontrou abrigo no Estado pós-30, que viu na regulação profissional uma oportunidade de ordenação e controle social.

Diniz (2001, 87), baseado no processo de profissionalização da engenharia e da economia, relata a seguinte seqüência de eventos associados ao desenvolvimento das profissões no Brasil:

> i. criam-se, em primeiro lugar, escolas profissionais;
> ii. em seguida, surgem associações profissionais que procuram garantir para seus membros, através da mobilização do apoio do Estado, vantagens e privilégios ocupacionais com base nas credenciais educacionais;
> iii. o Estado cria para os profissionais "reservas de mercado" na burocracia pública, isto é, posições e cargos reservados aos diplomados pelas escolas profissionais;
> iv. as associações mobilizam-se para ampliar a "reserva" e, com o apoio do Estado, excluir do mercado de trabalho e de serviços os não-qualificados;
> v. o estado regulamenta as profissões, criando monopólios;
> vi. conquistado o monopólio da prestação de serviços, as profissões tentam criar "escassez" pela restrição do acesso às credenciais acadêmicas, isto é, pelo controle da "produção de produtores".

A regulamentação das profissões, a partir dos anos 30, caracterizou-se por organizá-las fora da estrutura sindical típica das outras ocupações[173]. Conquanto os sindicatos fossem

[172] Fonte: Sinopse Retrospectiva do Ensino no Brasil, 1871/1954. Rio de Janeiro: MEC/SEEC, 1956, p.30, *apud* Coelho (1999, p. 268).

permitidos, a estrutura básica restou assentada na criação das entidades corporativas de auto-regulação compostas compulsoriamente pelos membros da profissão que adquiriram, por delegação do Estado, o direito de autogoverno[174] e autodisciplina da profissão, controlando, portanto, o acesso à atividade antes desregulada ou regulada precariamente. O processo iniciou-se com as profissões prototípicas (direito, medicina, engenharia), mas depois se generalizou para um universo significativo de ocupações, antes exercidas incondicionalmente, que ganharam o estatuto de profissão regulamentada[175].

4.5 A CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Constituição de 1934 durou pouco e logo foi substituída pela Carta Constitucional outorgada em 1937, denominada "constituição polaca". Em matéria de liberdade profissional, manteve-se a capacidade interventora do Estado ao se prescrever, no artigo 122, inciso 8º, "liberdade de escolha de profissão ou gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem publico nos termos da lei".

A marca inovadora da Carta de 1937 foi a discriminação contra os estrangeiros estatuída no artigo 150, que dispunha: "Só poderão exercer profissões liberais os brasileiros natos e os naturalizados que tenham prestado serviço militar no Brasil, excetuados os casos de exercício legítimo na data da Constituição e os de reciprocidade internacional admitidos em lei. Somente aos brasileiros natos será permitida a revalidação, de diplomas profissionais expedidos por institutos estrangeiros de ensino."

---

[173] Decreto nº 20377, de 8 de setembro de 1931, regula a profissão de farmacêutico; Decreto nº 20931, de 11 janeiro de 1932, regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira; Decreto nº 22478, de 20 de fevereiro de 1933, consolida os Estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil, que havia sido criada pelo art. 17 do Decreto nº 19408, de 18 de novembro 1930; Decreto nº 23196, de 12 de outubro de 1933, regula a profissão de agrônomo; Decreto nº 23569, de 11 de setembro de 1933, regula a profissão de engenheiro, arquiteto e agrimensor e cria o Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura; Decreto nº 24693, de 12 de julho de 1934, regula o exercício da profissão químico; Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, institui o Conselho Federal de Medicina.

[174] Para algumas profissões (engenharia e medicina), o direito de autogoverno veio inicialmente mitigado. No caso da engenharia, o artigo 23 do Decreto 23659/333 previa que o Presidente do Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura seria um representante do Governo Federal, o qual teria poder de veto sobre qualquer decisão que lhe parecesse inconveniente. A independência funcional completa do Executivo Federal viria somente com a Lei 5.194/66. No caso da medicina, o artigo 14 do Decreto-lei 7.955/45 estabelecia que incumbia ao Ministro do Trabalho decidir os casos omissos e as dúvidas suscitadas na execução da legislação regedora da profissão. Essa norma levou parte da categoria médica a rejeitar o Conselho Federal de Medicina, pois, de acordo com Ramos (1974, p. 72) "os médicos não podiam aceitar, como não aceitaram, que o Ministro do Trabalho fosse o árbitro para questões de ética médica". A Lei 3.268/57 reorganizou o Conselho Federal, bem como suprimiu a competência do Ministro do Trabalho como órgão revisor.

[175] Cf. Capítulo 1.

O artigo 150 da Constituição Federal de 1937 criou uma reserva de mercado no exercício das profissões liberais em favor de brasileiros natos e naturalizados. Entende-se, de acordo com o texto da norma constitucional, por profissão liberal aquela que reclama a necessidade de diploma para ser exercida. Essa xenofobia no desempenho dessas profissões, que impedia até o estrangeiro que havia estudado no Brasil de exercê-las, enquanto não se naturalizasse, foi imputada aos médicos, que temiam a concorrência do trabalho dos imigrantes em algumas comunidades[176].

4.6 CONSTITUIÇÕES FEDERAIS DE 1946 E 1967

A Constituição de 1946 dispôs no artigo 141, §14, que "É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer".

A Constituição de 1967 praticamente reproduz o texto de 1946, ao preceituar no artigo 150, § 23 que "É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer".

Como os dois textos são quase idênticos, é possível analisá-los conjuntamente. Ao compará-los com os textos de 1891, 1934 e 1937, é possível inferir que se buscou uma fórmula de equilíbrio entre a liberdade irrestrita de 1891 e a regra mais intervencionista de 1934 e 1937 que, além da exigência de *condições de capacidade*, autorizava o legislador a impor outras restrições que o *bem público* ditasse, porquanto se reduziu a capacidade de interferência do Estado em matéria de regulação profissional, restaurando-se, portanto, em sua pureza, a linha liberal, ao admitir que essa liberdade seja contida desde que por motivos de capacidades estabelecidos pelo legislador.

Também, não subsistiu a reserva de mercado de trabalho nas profissões liberais para os brasileiros natos e naturalizados[177], assegurando, como era da tradição do direito

[176] Justificando a exclusão do estrangeiro do exercício das profissões liberais, Cavalcanti, T. (1964, p. 137) salienta que "O texto da Constituição de 1937 continha diversas restrições, não sòmente ao exercício das profissões, mas também à validade dos diplomas expedidos por institutos de ensino estrangeiro. Mesmo os estrangeiros que cursassem institutos de ensino no Brasil, só poderiam exercer a profissão quando satisfizessem as condições ali mencionadas, isto é, a naturalização e a prestação de serviço militar.

A medida visou, especialmente, evitar a infiltração de elementos estrangeiros em centros de imigração, e a organização de núcleos de populações completamente independentes e inacessíveis à penetração de elementos nacionais. O exercício das profissões liberais, especialmente a médica, pelos estrangeiros, viria a criar uma situação excepcional, permitindo que essas populações bastem-se a si próprias, criando verdadeiras autarquias dentro do quadro das instituições administrativas do nosso país."

[177] Nessa linha, concluiu também Cavalcanti, T. (1952, p. 132), ao interpretar o § 14 do artigo 141 da C. F. de 1946, afirmando: "A Constituição vigente alterou em substância a orientação anterior, suprimindo certas restrições, especialmente as discriminações quanto à nacionalidade, exigindo apenas as

constitucional brasileiro, a igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes no país no exercício das profissões. Só se requeria do estrangeiro não formado o estabelecimento de ensino brasileiro à revalidação do diploma.

A doutrina procurou explicar o significado da cláusula *condições de capacidade* que autorizava a intervenção do legislador na disciplina da liberdade de profissão. Pontes de Miranda (1960, p. 488) salienta que a liberdade de profissão expressa a "exclusão do privilégio de profissão" das corporações de ofício, porém, seria possível estabelecer pressupostos de capacidade sempre que "a profissão liberal, para que o público seja bem servido e o interesse coletivo satisfeito, requeira habilitação, não constitui violação à legislação que estabeleça o mínimo de conhecimentos necessários".

As condições de capacidade converteram-se em requisitos de ordem técnica, especialmente, em conhecimentos específicos que habilitavam o indivíduo a desempenhar o trabalho que pretendia exercer. Em regra, esses conhecimentos específicos para o exercício do trabalho reclamavam um aprendizado próprio de longa duração que era distinto da formação geral básica comum a todos. Essa formação habilitante basicamente era fornecida por instituições de ensino superior e atestada por meio de diplomas.

Que critério deveria seguir o legislador para instituir tais condições de capacidade para o exercício das profissões? Como evitar o arbítrio do legislador? Sampaio Dória (1960, p. 637) respondeu a essas questões com os seguintes argumentos, que seriam reiteradamente citados:

> A lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social, e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide.
> Profissões há que mesmo exercidas por ineptos jamais prejudicam diretamente direito de terceiros, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica.
> Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico-operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos.
> Daí, em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas.

---

obediências a lei brasileira e às formalidades impostas pela lei. Assegurando a Constituição em artigo 141 a todos, nacionais ou estrangeiros residentes no Brasil os direitos fundamentais, inclusive os relativo ao livre exercício das profissões, não há como, sem uma restrição constitucional, estabelecer distinção oriunda de diferenças de nacionalidade."

4.7 CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição vigente disciplina a liberdade de profissão no artigo 5º, inciso XIII, nos seguintes termos: "É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

O atual texto inovou em relação à Constituição de 1946 e 1967 ao facultar que a liberdade de profissão pode ser limitada com fulcro em exigências de *qualificações profissionais*, ao passo que antes se aludia a *condições de capacidade* que a doutrina e a jurisprudência acabaram por resumir a requisitos subjetivos relacionados ao candidato à profissão, sobretudo, diplomas e condições de idoneidade.

Chegou-se até a debater uma proposta mais restritiva do poder de intervenção do Estado na liberdade de profissão, conforme sugerido pela Comissão Afonso Arinos, que propugnava que: a) a lei não poderá impedir o livre exercício de profissões vinculadas à expressão direta do pensamento, das ciências e das artes; b) a lei só estabelecerá exclusividade para o exercício da profissão que envolva risco de vida e de privação da liberdade, ou que possa causar grave dano ao indivíduo ou à coletividade.

Contudo, restou consignada na Lei Fundamental uma cláusula de restrição diversa da que tradicionalmente se empregava, o que parte da doutrina interpretou como uma ampliação do poder de ingerência do legislador no livre exercício das profissões[178] ou, pelo menos, a possibilidade de contenção dessa liberdade por razões diversas daquelas que se entendia como admitidas na noção de condições de capacidade, isto é: habilitações acadêmicas.

4.7.1 Perfil Constitucional da Liberdade de Profissão

A liberdade de profissão é expressão da proteção especial que a Constituição outorgou à liberdade geral de atuação de qualquer pessoa no domínio das atividades econômicas lícitas. Trata-se de um direito subjetivo público de dispor da própria força de trabalho, escolhendo livremente a atividade que pretende empreender, segundo a própria

[178] Ferreira Filho (1997, p. 38), interpretando o possível sentido da locução *qualificações profissionais*, argumenta que "O texto em exame tem orientação profundamente diversa da que prevaleceu no direito anterior. Neste, admitia-se que a lei estabelecesse 'condições de capacidade', quer dizer, condições para a aferição da capacidade de um indivíduo para desempenhar a tarefa profissional sem que isso decorresse perigo para a comunidade. O presente texto tem um sentido nitidamente corporativista. Ele permite [que] se exija para qualquer trabalho, ofício ou profissão um rol de qualificações, que a lei poderá estabelecer livremente. Assim, enseja o fechamento da atividade em benefício dos 'qualificados'. Com isso, abre-se o campo para uma 'reserva de mercado' em favor de determinados profissionais, em detrimento da liberdade de trabalho, mesmo sem que haja risco para a comunidade ou os indivíduos".

vocação. Essa liberdade especial, derivada diretamente do direito geral de personalidade, prescreve um dever de abstenção ao Estado, que não pode interferir na escolha individual do trabalho, ofício ou profissão, impondo certo tipo de trabalho[179], nem pode impedir a escolha e o exercício de determinada profissão se a pessoa possuir as qualificações profissionais indispensáveis. Tampouco pode o Estado atuar para obstar o acesso aos requisitos necessários para o exercício de uma profissão.

Embora seja a liberdade de profissão qualificada essencialmente como um direito subjetivo público de defesa que protege o indivíduo de ingerências estatais, possui ela também dimensões positivas que se projetam nas relações intersubjetivas privadas (eficácia horizontal dos direito fundamentais),[180] protegendo a autonomia técnica e científica das profissões reguladas que reclamam saber especializado para o seu desempenho, salvaguardando a autoridade do *expertise* de intromissões públicas e privadas, inclusive quando o profissional encontra-se em regime de trabalho subordinado.[181] Trata-se da tutela da independência técnica e funcional prevista em normas legais e éticas que estão no cerne do profissionalismo como lógica de controle do trabalho pelos próprios profissionais, em alternativa ao mercado e à autoridade burocrática (FREIDSON, 2001).

Canotilho e Moreira (2007, p. 653) apresentam como dimensão positiva da liberdade de profissão o "direito à obtenção dos requisitos legalmente exigidos para o exercício de determinada profissão, nomeadamente, as habilitações escolares e profissionais". Na ordem constitucional brasileira de 1988, não é possível extrair esse aspecto da norma que assegura a liberdade de profissão, pois o direito à educação está regulado de forma autônoma pelos artigos 205 a 214 da Constituição Federal. Não há, porém, uma garantia do acesso às habilitações necessárias ao exercício das profissões

[179] A Constituição Federal também veda a aplicação de penas de trabalhos forçados no artigo 5º, inciso XLVII, letra "c". De acordo com Bastos e Martins (2004, p. 85), "é livre não só a escolha da profissão como também o trabalhar ou não. Embora o ócio possa parecer socialmente condenável, como de fato o é, desde contudo que o indivíduo disponha de meios dignos de sobrevivência, o não trabalhar está abrangido pelo artigo em epígrafe".

[180] Sobre aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, cf. Silva (2005).

[181] São exemplos de liberdade de exercício da profissão como garantia da independência técnico-funcional as seguinte regras éticas previstas na Resolução 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina:

"Art. 7º O médico deve exercer a profissão com ampla autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços profissionais a quem ele não deseje, salvo na ausência de outro médico, em casos de urgência ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente.

Art. 8º O médico não pode, em qualquer circunstância, ou sob qualquer pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, devendo evitar que quaisquer restrições ou imposições possam prejudicar a eficácia e correção de seu trabalho"

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) também prescreve no seu artigo 18: "A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia".

reguladas, mormente àquelas que exigem formação de nível superior. Com efeito, o dever do Estado com a educação como direito subjetivo público devidamente tutelado está restrito ao ensino obrigatório, isto é, à educação fundamental, conforme reza o artigo 280 da Constituição. O ensino superior gratuito não é oferecido universalmente, havendo limitações ao número de vagas disponíveis nas universidades públicas.

Trata-se, portanto, de um direito a prestações sociais sujeito à reserva do possível e, por isso, incompleto, pois depende da expansão (aumento do número de vagas) do ensino superior público ou de políticas públicas que forneçam auxílio econômico a quem o necessite para o acesso às instituições privadas não gratuitas (crédito educativo e bolsas de estudo).

Distingue-se, ainda, na Constituição de 1988, a liberdade de profissão do direito ao trabalho. Aquela é basicamente um direito de defesa de ingerências indevidas do Estado ou de particulares numa liberdade individual, ao passo que este se constitui como um direito social dependente de prestações do poder público, sobretudo de políticas econômicas que fomentem a busca do pleno emprego, conforme diretriz estabelecida pelo inciso VIII do artigo 170, ou, ainda, de intervenções legislativas que garantam a segurança no emprego, conforme estipula o inciso I do artigo 7º.

4.7.2 Liberdade de Profissão e o Princípio *Pro-Libertate*

A liberdade de profissão constitui espécie dentro do gênero da "liberdade econômica", a qual, na ordem constitucional de 1988, foi dissociada da "liberdade de iniciativa econômica" ("liberdade de empresa", também chamada de "liberdade de comércio e indústria"), prevista no parágrafo único do artigo 170, que estabelece: "É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei". A Constituição Federal também inclui, no inciso IV de seu artigo 1º, entre os fundamentos da República, *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.*

Da disciplina constitucional da liberdade econômica (liberdade de profissão e iniciativa econômica) é possível inferir a existência de um princípio *pro libertate* que tutela a atuação da autonomia privada nas atividades econômicas da produção e distribuição de bens e serviços, cuja regra geral seria a liberdade, podendo, no entanto, intervir o legislador para restringir e conformar essa capacidade geral de ação dos indivíduos a fim de que o exercício dos direitos por uns não prejudique os direitos dos demais.

Contudo, enquanto o legislador não expedir restrições para conter os efeitos da norma constitucional que garante o livre exercício de trabalho, ofício e profissão (e da livre iniciativa), essa liberdade poderá ser usufruída plenamente pelos indivíduos. Trata-se de norma constitucional de eficácia contida[182], segundo a classificação de José Afonso da Silva (2007, p. 104), pois ela possui aptidão para produzir todos os efeitos, porém sua eficácia poderá ser circunscrita no futuro pelo legislador, quando estabelecer qualificações profissionais para exercício de determinadas profissões. Dando como exemplo de norma de eficácia contida, o inciso XIII do artigo 5º, ele ensina que

> Outro exemplo – art. 5º, XIII: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer"*. Essa norma requer um pouco mais de atenção, pois dá a impressão de que a liberdade nela reconhecida fica na dependência da lei que deverá estabelecer as qualificações profissionais, para sua atuação. Se assim for, tratar-se-á, nitidamente, de uma norma de eficácia limitada e aplicabilidade dependente de legislação – isto é, aplicabilidade indireta e mediata. Parece-nos, contudo, que o princípio da liberdade de exercício profissional, consignado no dispositivo, é de aplicabilidade imediata. Seu conteúdo envolve também a escolha do trabalho, do ofício ou da profissão, não apenas o seu exercício. O legislador ordinário, não obstante, pode estabelecer qualificações profissionais para tanto. Se, num caso concreto, não houver lei que preveja essas qualificações, surge o direito subjetivo pleno do interessado, e a regra da liberdade se aplica desembaraçadamente. Aqui, não se cogita do direito de trabalho, como previa o art. 145, parágrafo único, da Constituição de 1946, de natureza programática, quando assegurava, a todos, que possibilitasse existência digna. Trata-se, ao contrário, de algo concreto: da liberdade do indivíduo de determinar-se em relação ao trabalho, ofício e profissão, segundo seu próprio entendimento e conveniência. A lei só pode interferir para exigir certa habilitação para o exercício de uma ou outra profissão ou ofício. Na ausência de lei, a liberdade é ampla, em sentido teórico (SILVA, J., 2007, p. 106).

Em suma, a regra é a liberdade de atuação profissional, consoante garantia constitucional. Porém, pode o legislador conter essa liberdade fixando restrições à escolha das profissões e ao seu exercício, quando define as *qualificações profissionais* que devem ser requeridas para desempenho de determinadas tarefas. Não obstante se reconheça que a divisão da regulação profissional entre condições de escolha e de exercício possa, em certos casos, ser artificial e imprecisa, empregar-se-á esse critério já consagrado na doutrina, visto que a intensidade da intervenção do legislador é diferente em cada um

[182] Silva, J. (2007 p.116) define *as normas de eficácia contida* como "aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados". Embora façam alusão à legislação futura, essas normas se distinguem e não se incluem entre as *normas de eficácia limitada,* pelo fato de possuírem aptidão para produzir efeitos imediatos. Com efeito, a legislação ulterior a ser produzida pelo legislador virá a limitar a expansão da integridade de seu comando jurídico, e não completar-lhe a eficácia.

desses dois aspectos, conforme a demonstra a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e Espanhol[183].

4.7.3 Restrições à Escolha da Profissão

A Constituição admite que a liberdade de profissão seja limitada pelo legislador, para exigir, atualmente, *qualificações profissionais* e, nas ordens constitucionais pretéritas, as aludidas *condições de capacidade*. A classificação realizada da regulação profissional[184] demonstrou que o legislador, a guisa de *qualificações profissionais* ou *condições de capacidade,* tem exigido basicamente os seguintes requisitos subjetivos: i. credencial educacional de nível superior (diploma) ou de nível médio (certificados de cursos técnicos); ii. condições de idoneidade; iii. exame específico de aptidão.

4.7.3.1 Credencial Educacional

O critério fundamental para controle do acesso às profissões regulamentadas tem sido a credencial educacional (diploma), sem a qual o Estado não concede aos indivíduos o privilégio de deter com exclusividade um dado conjunto de tarefas com valor de troca no mercado.

O recurso estratégico fundamental para convencer o Estado a outorgar tal monopólio é a necessidade do conhecimento abstrato e formal provido por instituição de ensino superior para desempenho das tarefas que constituem atribuições da profissão. Sustenta-se geralmente a natureza vital e especial de tais serviços, que não podem ser executados por pessoas sem a qualificação profissional. Também argumenta-se que, em virtude da complexidade do conhecimento exigido na prestação desses serviços, os consumidores não teriam condições de avaliá-lo e, por isso, poderiam sofrer danos, caso não se qualificassem previamente as pessoas habilitadas a exercê-los, ou seja, a assimetria de informações entre os agentes envolvidos na prestação de determinados serviços reclamaria a regulação que assegurasse ao usuário dos serviços a capacidade do prestador para provê-los. Essa seria uma das funções da credencial educacional.

De acordo com esse tipo de raciocínio, *qualificações profissionais* ou *condições de capacidade* correspondem fundamentalmente ao conhecimento técnico-científico que se avalia como indispensável para que alguém seja julgado apto à prática de certas tarefas.[185]

---

[183] Cf. Capítulo 3.

[184] Cf. Capítulo 1

[185] De certa forma, este é posicionamento de Bastos e Martins (2004, p. 87), quando afirma: "Para que determinada atividade exija qualificações profissionais para o seu desempenho, duas condições são

Esse tipo de análise é denominado de "substancialista", pois a natureza complexa das tarefas demanda um conhecimento formal e abstrato. De fato, no processo de profissionalização das ocupações, tem-se destacado o caráter científico do conhecimento como elemento essencial de legitimidade da pretensão de inclusão de certa ocupação no rol das profissões regulamentadas. Como diz Larson (1988, p. 28), pode-se definir profissão como o "conjunto de formas históricas concretas que estabelecem os *vínculos estruturais entre os níveis de educação formal relativamente altos e posições e/ou recompensas desejáveis da divisão social do trabalho*".

Conquanto essa seja a concepção predominante a respeito do processo de constituição das profissões, há uma outra visão que se pode definir como "relativista", pela qual não se concebe *qualificação profissional* apenas sob o prisma do conhecimento formal e do conteúdo do trabalho (ainda que os considere), mas também como um processo social resultante de múltiplos fatores socioculturais que influenciam o legislador e a sociedade no reconhecimento jurídico e social das profissões.

Com efeito, o conhecimento formal e abstrato (saber científico) produzido pela universidade é indiscutivelmente um elemento relevante no discurso de legitimação social da pretensão das profissões na constituição do monopólio ocupacional, bem como no convencimento do Estado. Porém, não se deve menosprezar a dinâmica social e outros recursos e razões que têm peso qualitativo equivalente na justificação da intervenção do Estado na instituição da regulamentação profissional e, por conseguinte, na concessão de privilégios ocupacionais sobre tarefas para as quais o conhecimento não se afigura tão formal e complexo.

A equação entre profissão regulamentada e conhecimento científico produzido em universidade como indispensável para a execução de certas tarefas, embora seja elemento crucial e importante no discurso de legitimação social das profissões, não exclui a possibilidade de haver regulação profissional com base em outros valores sociais que o legislador considere justificável em determinado contexto social e econômico. Por isso, não se deve sobrevalorizar o caráter científico do conhecimento produzido nas

---

necessárias: uma, consistente no fato de a atividade em pauta implicar conhecimentos técnicos e científicos avançados. É lógico que toda profissão implica algum grau de conhecimento. Mas muitas delas, muito provavelmente a maioria, contentam-se com um aprendizado mediante algo parecido com um estágio profissional. A iniciação dessa profissões pode-se dar pela assunção de atividades junto às pessoas que as exercem, as quais, de maneira informal, vão transmitindo os novos conhecimentos.
Outras, contudo, demandam conhecimento anterior de caráter formal em instituições reconhecidas. As dimensões extremamente agigantadas dos conhecimentos aprofundados para o exercício de certos misteres, assim como o embasamento teórico que eles pressupõem, obrigam na verdade a esse aprendizado formal."

universidades como se fosse a única medida justificadora da intervenção do Estado na organização profissional.

Tampouco é possível controlar a discricionariedade do legislador na definição do que sejam qualificações profissionais com base exclusivamente nesse único critério, isto é, restringir a regulamentação das profissões às hipóteses em que haja um conhecimento técnico-científico, tendo como parâmetro o conteúdo substantivo do conhecimento em que se fundamente a atividade profissional.

4.7.3.2 Condições de idoneidade

Dentro do conceito de qualificações profissionais, além das credenciais educacionais, o legislador tem, ainda, em alguns casos, conferido à autoridade pública ou à entidade corporativa a prerrogativa de inspecionar a idoneidade moral do interessado em exercer a profissão. Para o exame de tal quesito, tem o legislador exigido que a pessoa apresente certidões de antecedentes criminais, bem como tem vedado o exercício de certas profissões aos que foram condenados por determinados crimes.

Pois bem, a pergunta que se põe é se a Constituição admite tal tipo de exigência ou a interdição do livre exercício de profissão, por força de condenação criminal.

O fato de o pretendente a uma profissão estar respondendo a processo penal não justifica a interdição do direito ao livre exercício de profissão, porque a Constituição proclama o princípio da presunção de inocência no artigo 5º, inciso LVII, ao declarar que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória".

A segunda questão circunscreve-se em saber se o legislador pode erigir como causa impeditiva do exercício profissional a condenação penal em certos crimes. Ou seja, como efeito automático de uma condenação penal, restar proibido o exercício de certa profissão.

Em princípio, tal requisito de aferição de idoneidade moral pode ser instituído pelo legislador e, dessa forma, vedar o exercício da liberdade profissional, desde que limitado temporalmente. Com efeito, a pena de suspensão e interdição de direitos está prevista no artigo 5º, inciso XLVI, alínea *e* da CF*,* bem como o Código Penal prevê no artigo 47, inciso II, como pena de interdição temporária de direitos, a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público.

Contudo, o impedimento do exercício de determinada profissão por efeito automático de condenação penal, *ope legis,* não pode ser permanente, isto é, representar

uma "morte profissional" do indivíduo. Esse obstáculo ao livre exercício de profissão somente pode ser compatível com a Constituição caso seja temporário, porquanto uma interdição por tempo indeterminado significaria dar à condenação penal o efeito infamante e perpétuo, o que afronta o artigo 5º, inciso XIX, alínea *b*, da CF.

Logo, a regra que impede o exercício de certa profissão, em razão de condenação criminal, somente pode produzir efeitos enquanto não for concedida a reabilitação ao condenado, nos termos dos artigos 93 a 95 do Código Penal, pois a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, bem como assegura ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

Cabe, ainda, incluir nas condições de idoneidade moral impostas pelo legislador as causas de impedimento ou incompatibilidade do exercício de uma profissão com outra atividade, a fim de evitar conflitos de interesses (atividade farmacêutica é colidente com a médica), a redução da independência profissional e situações que proporcionem a captação de clientes e, por isso, a concorrência desleal. São medidas que têm por escopo preservar a confiança social na independência do profissional.

4.7.3.3 Exame de Capacidade Profissional

O exame específico de aptidão também pode ser utilizado como critério subjetivo de controle do acesso à profissão, a fim de verificar se o pretendente à atividade possui os conhecimentos técnicos indispensáveis para ser considerado apto ao trabalho. A cláusula constitucional que permite restringir a liberdade profissional pelo estabelecimento de qualificações profissionais contempla esse tipo de medida averiguadora da competência individual do candidato.

Conquanto a conclusão dos cursos superiores e a obtenção do diploma signifiquem, em regra, a presunção, *juris et jure*, de capacidade para o exercício da profissão, nada impede que o legislador dissocie a certificação acadêmica da habilitação profissional e preveja um exame especial para o acesso à profissão.

Essa decisão insere-se no juízo de conveniência e oportunidade do legislador, para disciplinar as diferentes profissões, tendo em vista as peculiaridades da atividade e, sobretudo, as condições de preparação dos candidatos, no sistema de ensino superior, para exercê-la.

O princípio da liberdade de profissão não se mostra prejudicado por esse sistema de controle de acesso, desde que se adote procedimento objetivo e impessoal de seleção para a avaliação da capacitação do intelectual do candidato. O que se proscreve é a utilização

desse mecanismo, com desvio de finalidade, como filtro destinado a produzir artificialmente escassez no mercado, controlando a oferta de profissionais.

Em matéria de restrições às profissões, somente à lei, em sentido estrito, foi facultado estatuir os critérios que podem ser empregados para o controle do acesso à atividade profissional. Essa definição deve estar devidamente explícita nos comandos legais. Não tem a jurisprudência concedido licença para que atos regulamentares, quer da Administração Pública, quer das entidades corporativas, criem novas condições, ainda que justificadas no interesse público de aferir a suficiência técnica[186]. Em outras palavras, a fixação das condições subjetivas que limitam a escolha e, portanto, o acesso às profissões está submetida ao princípio da *reserva absoluta de lei.*

4.7.4.3 Condições objetivas de escolha das profissões

As condições subjetivas supracitadas estão diretamente relacionadas à pessoa do candidato que pretende ingressar em uma determinada profissão. Contudo, cabe indagar se a Constituição de 1988 admite que o legislador estipule condições objetivas para acesso a uma profissão, isto é, as que independam da pessoa do profissional, conferindo, por exemplo, poder ao Estado ou à entidade corporativa de avaliar a necessidade de novos profissionais, em virtude de uma saturação do mercado, estabelecendo um sistema de *numerus clausus* como regulador da oferta de profissionais e, portanto, da concorrência.

O artigo 5º, inciso XIII, da CF assegura o livre exercício de trabalho, ofício e profissão, que pode ser contido pelo legislar apenas para estabelecer *qualificações profissionais*. Embora seja possível a intervenção do legislador na conformação dessa

[186] O Conselho de Medicina Veterinária e o Conselho de Contabilidade tentaram, pela via regulamentar, criar exames de certificação de capacidade profissional para registro nessas entidades, mas tais atos foram julgados violadores do princípio da legalidade pelo Superior Tribunal de Justiça, que reafirmou a necessidade de previsão explícita dos critérios de qualificação profissional em lei:
"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA (CFMV). RESOLUÇÃO 691/2001. INSTITUIÇÃO DO EXAME NACIONAL DE CERTIFICAÇÃO PROFISSIONAL COMO REQUISITO PARA OBTENÇÃO DO REGISTRO PROFISSIONAL. ILEGALIDADE. REQUISITO NÃO-PREVISTO NA LEI 5.517/68 E NO DECRETO 64.704/69. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.
1. A exigência da aprovação no Exame Nacional de Certificação Profissional – instituído pela Resolução 691/2001 do Conselho Federal de Medicina Veterinária – como condição para a obtenção do registro profissional do médico veterinário não encontra respaldo na Lei 5.517/68 e no Decreto 64.704/69.
2. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF/88, art. 5º, II). O livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei, constitui direito individual fundamental (CF/88, art. 5º, XIII).
3. Recurso especial desprovido." (Recurso Especial nº 758.158 – RS – relatora Ministra Denise Arruda, Julgado em 5/6/2006).

liberdade, o espaço de atuação dele foi circunscrito a finalidades adrede fixadas pela Constituição. Daí não poder o legislador interferir nesse direito fundamental, com base em qualquer outra razão por ele considerada relevante, mas tão-somente dentro dos objetivos já delimitados constitucionalmente.

Trata-se da denominada *reserva qualificada de lei,* que reduz a discricionariedade do legislador quando se exige, além da lei para restrição do direito fundamental, que a contenção não ultrapasse o campo predeterminado. Segundo Binenbojm (2006, p.152),

> A reserva qualificada de lei é a garantia máxima de que qualquer limitação a direito fundamental será feita com base na própria Constituição, não apenas segundo os ditames da regra da proporcionalidade – como sempre deve ocorrer –, mas de acordo com *o conteúdo especifico* desejado pela Carta Magna. Trata-se segundo Konrad Hesse, de "uma limitação legal só sob determinados pressupostos [...] ou só para determinados fins". Tal é o caso da liberdade de exercício profissional (art. 5º, XIII) e do sigilo de correspondência (art. 5, XII). No primeiro caso, a lei só pode estabelecer restrições atinentes a *qualificações profissionais.* No segundo caso, as restrições legais ao sigilo devem ater-se aos fins de *investigação criminal ou instrução processual penal.* Cuida-se aqui, portanto, de uma vinculação constitucional do legislador, tanto de forma (reserva de lei), como de conteúdo (definição prévia dos meios e fins) (grifo do autor).

Logo, condicionar a escolha e o acesso a uma profissão a juízo externo de uma autoridade pública ou corporativa que não tenha relação com as condições inerentes ao candidato afronta a cláusula constitucional que autoriza apenas as restrições que se destinem a verificar as *qualificações,* isto é, a aptidão técnica e moral do indivíduo para o desempenho de determinada atividade econômica. Esse grau de restrição à liberdade de profissão não foi admitido na atual ordem constitucional.

Certamente, na ordem constitucional de 1934 e de 1937, seria possível essa intervenção mais drástica na liberdade profissional, pois se autorizava a restrição do acesso à atividade não somente por motivos de capacidade, mas também por razões de interesse público ditadas pela lei.

Nessa questão, é possível estabelecer uma distinção com a disciplina da liberdade de iniciativa econômica estatuída no parágrafo único do artigo 170, na qual não há uma reserva qualificada de lei, pois não predeterminou o Constituinte os tipos e as modalidades de autorização que poderiam ser instituídas pela lei para conter a iniciativa econômica, usufruindo, dessa forma, o legislador de uma maior discricionariedade na conformação dessa liberdade econômica, incluindo condições de mercado não relacionadas diretamente ao agente econômico explorador da atividade.

O sistema de *numerus clausus,* conforme assinalado,[187] foi empregado no controle do acesso às profissões de ofício público empresarial (corretor oficial, leiloeiro e tradutor e intérprete), mas não foi recepcionado pela atual Constituição, bem como a Lei nº 8.934/94 não prevê mais a competência da Junta Comercial para determinar o limite máximo de profissionais nessas atividades. Savatier (1953, p. 94) denominou "malthusianismo profissional" a intervenção excessiva à liberdade profissional que, com base em critérios objetivos alheios à pessoa do candidato, atribui ao Estado o controle da oferta de mão-de-obra como meio de evitar a concorrência selvagem em determinadas atividades.

4.7.4 Restrições ao Exercício das Profissões

Se a regulação dos pressupostos subjetivos tem por objeto o momento da escolha, ou seja, quando "a profissão é assumida, continuada ou abandonada" (AMORIM, 2001), e está relacionada diretamente com a pessoa do candidato, as restrições ao exercício das profissões visam a ordenar o modo como a atividade é desempenhada. Nesses casos, a doutrina admite que haja uma intervenção mais intensa do legislador, com o escopo de salvaguardar os interesses sociais e de terceiros e os efeitos externos produzidos pela atividade profissional.

4.7.4.1 Inscrição na entidade corporativa e registro profissional

O registro obrigatório na entidade corporativa ou em órgãos públicos é um mecanismo de ordenação do exercício profissional adotado pelo legislador, que tem por objetivo identificar o candidato à profissão, bem como averiguar se ele está devidamente habilitado para o desempenho da atividade profissional, de acordo com os pressupostos subjetivos consignados na lei. Consoante já visto, o principal instrumento de controle da habilitação profissional é a posse de credencial de nível superior, razão pela qual, geralmente, a lei apenas determina a inscrição na entidade corporativa ou no órgão público e o registro do diploma de conclusão do curso superior.

O procedimento de controle da liberdade profissional emprega a chamada técnica dos atos ordenadores ampliativos dos direitos[188]. A liberdade previamente existente é interditada pela ação do legislador, que veda o exercício da atividade a quem não

[187] Capítulo 1.

[188] Sobre os atos ampliativos dos direitos, como técnica ordenadora da vida privada, cf. Sundfeld (1993).

comprove a posse das qualificações profissionais estatuídas em lei, por meio da inscrição na entidade corporativa ou órgão público fiscalizador. Ou seja, proíbe-se o exercício de uma atividade da vida privada mediante a promessa de liberação ulterior, caso se atendam os requisitos legais.

É o ato de habilitação (materializado na expedição da carteira de identificação profissional) que atribui a qualidade jurídica de profissional ao interessado no exercício da atividade. Sem tal ato, é proibida a atuação do profissional, e a violação dessa interdição resulta na prática de infrações penais.[189] Impende frisar que a simples posse do diploma não é condição suficiente ainda para o exercício da profissão, pois se exige o deferimento da inscrição no registro profissional.

O ato habilitatório para exercício da profissão é geralmente vinculado,[190] pois basta a inscrição na entidade e o registro do diploma para se ter deferido o direito de exercício da profissão. É uma espécie de licença que, nas palavras de Mello (2007, p. 578), "consiste em acertamento constitutivo formal, pois se trata de declaração recognitiva de direito, de asseguramento de situação jurídica", pois se remove a barreira legal que vedava o exercício do direito.

Quando o legislador cria, além do registro profissional, uma entidade corporativa com poderes de auto-regulação e prescreve também a filiação obrigatória como condição para o exercício da profissão, surge a questão da compatibilidade ou não de tal medida com o princípio constitucional da liberdade negativa de associação, ou seja, o direito de não entrar na constituição de uma associação, de não se filiar e dissociar-se a qualquer tempo, inscrito no artigo 5º, inciso XX, que prevê que "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado". Por outras palavras, o dever de inscrever-se numa entidade corporativa para exercer uma profissão constitui modalidade de associação coativa vedada constitucionalmente.

A filiação compulsória à entidade corporativa de fiscalização profissional não se confunde com a liberdade de constituição de associações privadas. Apesar de a entidade corporativa de fiscalização profissional ser composta por todos os integrantes da profissão,

---

189 O Código Penal tipifica no artigo 282 ser crime: "exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites". Para as demais profissões, a tutela penal esta prevista no artigo 47 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/41) que estabelece: "Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício".

190 Como visto no Capítulo 1, a legislação que trata das profissões de advogado e farmacêutico faculta à entidade corporativa uma avaliação da idoneidade moral do candidato, conferindo, portanto, certo grau de competência discricionária.

isto é, possuir um substrato pessoal, ela não é equiparável a uma associação privada, pois tem a sua origem na vontade do Estado de criar um ente que se encarregará do exercício de funções públicas de auto-regulação e fiscalização da profissão.

A liberdade de associação está relacionada à constituição de associação privada que nasce da vontade dos particulares, razão pela qual esse problema não se coloca quando se trata de entidades públicas que manejam poderes de autoridade delegados pelo Estado. Embora em sentido amplo as entidades corporativas possam ser qualificadas como um tipo de associação, em virtude do substrato pessoal, possuem elas um estatuto jurídico próprio que as distingue das associações de natureza privada.[191]

A filiação compulsória se subsume melhor à figura de *ônus* de que deve se desincumbir a pessoa que aspira ao desempenho de uma profissão regulamentada, isto é, comportamento que determinado sujeito deve adotar para usufruir determinada vantagem. A aquisição e a conservação do direito estão condicionadas à inscrição na entidade corporativa de auto-regulação encarregada da fiscalização da atividade. Somente estão obrigados à filiação aqueles que se proponham a atuar profissionalmente, pois quem detém a formação técnica necessária, mas não quer exercer a obrigação, não se encontra compelido a tal ato.

4.7.4.2 O Pagamento de Anuidades

Um segundo tipo de restrição ao exercício da profissão consubstancia na obrigação de contribuir para financiamento e manutenção da entidade corporativa de fiscalização profissional que recai sobre todos os membros da profissão nela registrados. Trata-se do uso da técnica parafiscal, pela qual o financiamento de certas entidades resta circunscrito

[191] O Tribunal Constitucional Espanhol (STC 89/1989, de11/05) examinou o tema da compatibilidade entre o princípio da liberdade negativa de associação e a obrigação de filiação compulsória em colégios profissionais que regulam e fiscalizam as profissões tituladas, concluindo pela inexistência de conflito, pelo fato de a corporação pública ser espécie peculiar e diversa da associação de natureza privada, ponderando o seguinte:
"2. Si los Colegios Profesionales, por su tradición, por su naturaleza jurídica y fines y por su constitucionalmente permitida regulación por Ley, no son subsumibles en la totalidad del sistema general de las asociaciones a las que se refiere el art. 22 C.E., porque, aunque siendo en cierto modo asociaciones, constituyen una peculiar o especial clase de ellas, con reglas legales propias, distintas de las asociaciones de naturaleza jurídico-privada, es claro que no puede serles aplicable el régimen de éstas. El art. 22 C.E. no prohíbe, por tanto, la existencia de entes que, siempre con la común base personal, exijan un específico tratamiento, o bien un suplemento de requisitos postulados por los fines que se persiguen.
3. La colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye, pues, una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35 C.E,), dada la habilitación concedida al legislador por el art. 36."

aos que dão causa e recebem os benefícios desse ente. Embora a natureza jurídica da anuidade seja controvertida[192], a jurisprudência e a doutrina predominantes atribuem às anuidades pagas à entidade corporativa a natureza tributária, incluindo-as na categoria de contribuição no interesse de categoria profissional prevista no artigo 149 da CF.

O financiamento cogente da entidade, determinado pela lei, por meio de anuidades cobradas dos membros da profissão, visa equacionar o clássico problema do *free rider,* ao assegurar que os custos da atividade de prover bens públicos à profissão (regulação, controle ético-disciplinar, etc.) sejam suportados por todos os que dele se beneficiam (MOREIRA, 1997, p. 465).

Para garantir o cumprimento dessa obrigação, a legislação estabelece ser condição para o exercício da profissão o pagamento regular da anuidade, constituindo o inadimplemento infração disciplinar que pode acarretar a pena de suspensão do profissional até que a dívida seja satisfeita.[193] Ou seja, a interdição do exercício profissional é utilizada como método de cobrança da anuidade.

---

[192] Não é objeto do presente trabalho analisar a natureza jurídica da anuidade da entidade corporativa, porém cabe registrar que os tributaristas classificam-na como um tributo da espécie "contribuição do interesse de categoria profissional" (artigo 149 da CF), cuja característica central encontra-se na destinação das receitas "a determinada atividade exercida por entidade estatal, paraestatal, ou por entidade estatal reconhecida pelo Estado como necessária ou útil à realização de uma função de interesse público" (AMARO, 1999, 9.82). Nessa linha, cf. também a opinião de Ávila (2004) e Coelho (1999). Em sentido contrário, Grau (1981, p. 219) defende que as anuidades não possuem a natureza de obrigação tributária, mas de *ônus* imposto pela lei como condição para exercício da profissão, ainda que se consubstancie obrigação de dar. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, predomina a interpretação de que as anuidades devidas aos Conselhos de Fiscalização Profissional têm a natureza tributária, conforme se verifica na seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. ANUIDADE. TRIBUTO. CONSELHO PROFISSIONAL. LEGALIDADE.

1. O STJ pacificou o entendimento de que as anuidades dos Conselhos Profissionais, à exceção da OAB, têm natureza tributária e, por isso, seus valores somente podem ser fixados nos limites estabelecidos em lei, não podendo ser arbitrados por resolução e em valores além dos estabelecidos pela norma legal.

2. Recurso Especial não provido. (Recurso Especial nº 362.278 – RS – rel. Ministro João Otavio Noronha, D.J. 6/4/2006)

A razão para excepcionar as anuidades da OAB na opinião do STJ encontra-se na natureza peculiar dessa entidade que, além da fiscalização profissional, possui outros fins estabelecidos pela Constituição. O Supremo Tribunal Federal não examinou expressamente a controvérsia acerca da natureza jurídica da anuidade (se é ou não tributo) como tema central, de forma que não é possível afirmar que haja uma jurisprudência pacífica sobre tal questão, embora no M.S. nº 21797, que analisou se o Conselho de Odontologia estava obrigado a prestar contas ao TCU – Tribunal de Contas da União, tenha-se proclamado que: "As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313." (Mandado de Segurança nº 21.797-9 Rio de Janeiro – relator Ministro Carlos Veloso – D.J. 18.05.2001).

[193] Essa é uma disposição comum na legislação que trata da regulação profissional. A guisa de exemplo, o Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei 8.906/94) capitula infração disciplinar no artigo 34, inciso XXII, o seguinte: *"deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo"*. Para tal infração é cominada a pena de suspensão, que perdura até que a dívida seja integralmente paga, inclusive com correção monetária (artigo 37, § 2º).

Há dúvida se tal medida é compatível com a preservação do núcleo essencial da liberdade de profissão ou, por outra forma, se é constitucional a interdição do exercício desse direito como meio de cobrança de anuidade. Os valores em conflito são, de um lado, a necessidade de evitar o comportamento oportunista daquele que se furta a contribuir com a manutenção da entidade reguladora da profissão, de outro, a liberdade de trabalho e de profissão.

Sem dúvida alguma, é censurável o comportamento do profissional que não paga as anuidades necessárias ao sustento da entidade corporativa, contudo, a sanção imposta se afigura excessivamente desproporcional. Como é cediço, não basta que o ato estatal que restringe uma liberdade fundamental seja legal, mas é necessário também que ele seja proporcional.

A regra da proporcionalidade, aplicada no sopesamento dos interesses em conflito, conduz ao reconhecimento de uma excessiva onerosidade do ato de interdição da liberdade de profissão. Com efeito, a regra da proporcionalidade subdivide-se em três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002). Sob o prisma da adequação, a suspensão do exercício profissional é indubitavelmente apta a promover o objetivo proposto de obter o pagamento da anuidade.

Superado esse degrau, o questionamento seguinte é saber se a medida em discussão é necessária, ou seja, se há meios menos onerosos que permitam alcançar o objetivo de cobrar a anuidade, mas limite, em menor intensidade, a liberdade de profissão. A análise da necessidade demanda um juízo comparativo, a fim de verificar se há alternativas ao meio impugnado. Ora, o ordenamento jurídico possui um repertório diversificado de instrumentos legais para constranger o devedor inadimplente a cumprir com as suas obrigações, sendo que, no caso da entidade corporativa, ela dispõe do privilégio de unilateralmente constituir um título executivo extrajudicial e propor o respectivo processo de execução. Por outro lado, pode-se valer a entidade de meios indiretos de coerção, como suspensão do direito de participar das deliberações coletivas (eleição dos dirigentes corporativos) e inclusão do profissional em cadastro de devedores. Em suma, há vias alternativas eficazes para cobrança da dívida, o que conduz à conclusão de que se trata de medida excessivamente onerosa à liberdade de profissão e, portanto, desnecessária.

Porém, pode-se objetar que os instrumentos de cobrança supracitados dependem de o profissional possuir patrimônio que suporte a execução, pois, se o devedor não dispõe de bens que possam ser constritos judicialmente, tais medidas são ineficazes e, por isso, a

interdição do direito de exercer a profissão se torna indispensável. Se procedente tal objeção, impende avaliar a interdição sob o prisma da proporcionalidade em sentido estrito. Esse terceiro momento de aplicação da regra da proporcionalidade na avaliação da legitimidade constitucional dos atos restritivos dos direitos fundamentais exige uma ponderação entre o sacrifício imposto e o fim colimado pela medida. É necessário sopesar os interesses em conflito, isto é, responder à pergunta: poderia o legislador interditar a liberdade de trabalho e profissão para compelir o profissional a pagar a anuidade e, dessa forma, garantir a subsistência da entidade corporativa? O proveito alcançado por tal ato compensa a constrição produzida na liberdade de profissão?

Na atual ordem constitucional, a liberdade de trabalho e profissão é um direito fundamental estreitamente relacionado à personalidade e dignidade da pessoa humana, bem como constitui o valor social de trabalho e da livre iniciativa fundamento da república (artigo 5º, inciso IV), razão pela qual não pode ser nulificada, ainda que relevantes os motivos que fundamentem a sua restrição (garantir percepção das receitas mantenedoras da entidade), por se tratar de um bem substancialmente mais importante que o pagamento das anuidades. Entre a liberdade de trabalho e a percepção de anuidades pelas entidades corporativas, a Constituição claramente prescreve que possui maior "peso" nesse balanceamento de interesses o valor (liberdade de profissão e trabalho) que contribui para a realização da dignidade humana.

Por outro lado, é paradoxal impedir a pessoa de trabalhar para compeli-la ao pagamento de uma dívida (anuidades em atraso), pois é do exercício da profissão que se obtêm os recursos econômicos necessários para a satisfação dos débitos existentes. Enfim, tal medida, em vez de contribuir para a solução do problema do não-pagamento das anuidades, pode agravar a situação do devedor inadimplente, ao privá-lo da sua própria fonte de sustento, o que evidencia não somente a onerosidade excessiva, mas também a sua irracionalidade.

Essa não foi, todavia, a concepção que predominou em caso julgado na década de 50 pelo Supremo Tribunal Federal. No Recurso de Mandado de Segurança nº 2615, decidiu-se

> a inscrição na ordem dos advogados exigível se torna para o exercício da profissão e a permanência dos direitos do inscrito depende do pagamento das anuidades, alimentos sem os quais a ordem não pode subsistir e preencher suas altas finalidades." (Recurso Mandado de Segurança nº 2615 – relator Ministro Orosimbo Nonato – Julgamento 1/12/1954)

Trata-se, entretanto, de caso isolado, que não examinou o problema sob o prisma da regra da proporcionalidade, que impõe uma "restrição às restrições". Por outro lado, o Tribunal também invocou para a decisão a norma do artigo 161 da Carta de 1946 que

previa: "a lei regulará o exercício das profissões liberais", o que supostamente conferiria um poder mais amplo de intervenção ao legislador.

Observe-se, por fim, que o Supremo Tribunal Federal, em situações análogas, tem rejeitado as medidas estatais que perseguem a cobrança de tributos pela via da interdição da atividade econômica do contribuinte, proclamando que

> Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributos; Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos; e Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

4.7.4.3 Submissão a Normas Éticas

O livre exercício do trabalho e profissão é também afetado pela auto-regulação realizada pela entidade corporativa quando edita o código de ética profissional.

O Código de Ética profissional é o conjunto de normas jurídicas especiais que disciplinam as relações entre o profissional e o cliente (direito e deveres de cada uma das partes), as relações entre os profissionais, as regras de publicidade, os critérios para fixação da remuneração mínima e os compromissos com a sociedade (ideal do serviço).

Como ressaltam os estudos sociológicos sobre as profissões, o código de ética é um marco fundamental no processo de profissionalização das ocupações que perseguem o status profissional. Portanto, não há profissão que se preze que não produza ela própria as regras que disciplinam o modo de atuação dos profissionais.

Buscam com essas normas reforçar a relação de confiança que precisa haver entre o profissional e o cliente, bem como minimizar os problemas derivados da assimetria de informações que caracteriza a relação profissional, tendo em vista o alto grau de saber especializado envolvido na prestação de determinados tipos de serviços. Em regra, nessas situações, o consumidor leigo não tem condições de avaliar, tanto *ex ant* como *ex post* a qualidade e a quantidade dos serviços ofertados, bem como a correção dos preços cobrados.

Em algumas profissões, os profissionais adquiriram um tipo de poder especial de definir, ou redefinir, problemas que afetam a vida das pessoas comuns. O Código de Ética tem a pretensão de lidar com essas peculiaridades da relação profissional, garantindo ao leigo que o profissional não abusará do poder de que dispõe na relação com o cliente, prometendo a observância da "*Lex Artis*".[194]

[194] Segundo Pardo (1993, p. 522), por *Lex Artis* entende-se "el conjunto de reglas de contenido ético, científico y técnico que debe observar el sujeto en el desarrollo de su actividad profesional, de acuerdo

O Código de Ética compreende um conjunto de normas jurídicas institucionais editadas pela corporação profissional com fundamento na habilitação legal expressa conferida geralmente pelo legislador ao instituir a entidade. Tais normas ordenam a atividade privada dos profissionais, estabelecendo limites (obrigações de não fazer), encargos (obrigações de fazer) e sujeições (obrigações de suportar), que são imperativos. O descumprimento das regras de exercício ético pode acarretar sanções disciplinares que vão da advertência à exclusão da profissão. Sobre o caráter cogente dessas normas, Reale (1977, p. 51) pondera que

> Não se trata, em verdade, de comandos "puramente morais", cuja obediência seja confiada à subjetividade de cada um, sob a proteção genérica da "censura social", do mérito ou demérito que o infrator provoca no seio da comunidade. Estamos, ao contrário, perante regras, cuja violação importa em sanções específicas, pois, como salienta o Prof. Manoel Pedro Pimentel, titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e Juiz do E. Tribunal de Alçada, aquelas regras se acham vinculadas a uma norma penal em branco, isto é, à disposição que considera "falta disciplinar" a infringência do Código de Ética Profissional.
>
> "Portanto", conclui o citado jurista, "estabeleceu o legislador que a desobediência ao comando de ordem moral pode, por si só, dar causa a uma correta penalidade de natureza disciplinar, tal a importância que se confere à correta conduta profissional [...]".[195]

Ressalte-se, ainda, que o fato de as normas éticas prescreverem comportamentos com base em conceitos indeterminados não obsta a sua aplicação pela entidade corporativa, pois a abertura de tais conceitos no âmbito abstrato da hipótese de incidência da norma pode desaparecer diante das circunstâncias concretas de cada caso. Além disso, a criação e aplicação das normas éticas são de responsabilidade da própria profissão, isto é, são os próprios pares que julgam a conduta dos membros da profissão, tendo, por isso, condições de avaliar as peculiaridades de cada situação[196].

---

a las circunstancias y factores presentes en el caos concreto, y cuyo grado de cumplimiento sirve de criterio de valoración de imputación de responsabilidad por el resultado du su actuación. Son las que dotan de contenido a la conducta que en ese caso concreto presumimos que llevaría a cabo el *buen profesional*."

[195] cf. Reale, "Considerações sobre o Código de Ética", in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1962, vol. XXV/ 39 e segs., n. 163.

[196] O Tribunal Constitucional Espanhol (STC 219/1989, de 21-12) analisou o problema do uso de conceitos indeterminados na regulação ética, concluindo que não afronta a exigência de "lei certa", asseverando que

"2. No vulnera la exigencia de <lex certa> la regulación de ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada. No vulnera esa misma exigencia la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes u obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible, con suficiente grado de certeza, la consecuencia derivada de aquel incumplimiento o transgresión.

Na ordenação da atividade profissional, um tema complexo é a compatibilidade das normas éticas com o princípio da legalidade na regulação profissional, pois a legislação normalmente apenas habilita a edição dessas normas pelas entidades corporativas, sem predeterminar qual o conteúdo delas. Essa atividade normativa da entidade corporativa constitui a essência da auto-regulação profissional, pois o legislador delega à própria profissão a definição dos comportamentos profissionais lícitos sob o prisma da chamada "*Lex Artis*", assegurando à comunidade profissional o controle do próprio trabalho. Deveras, a alternativa à auto-regulação realizada pelos próprios interessados seria a hetero-regulação estatal, que reduz (às vezes sem o conhecimento adequado dos problemas) a autonomia coletiva da profissão. Portanto, a ausência de predeterminação dos conteúdos das regras éticas não representa, em princípio, a supressão da liberdade, mas a concessão de liberdade positiva, isto é, autonomia para a profissão coletivamente autodisciplinar-se.

Porém, as normas éticas não devem ultrapassar o seu campo natural de incidência, que é garantia de que não haverá abuso de poder na relação entre o leigo e o profissional. A finalidade dessas regras é proteger o consumidor na relação assimétrica de poder existente, permitindo, por outro lado, que os próprios membros da profissão avaliem o seu trabalho e punam os infratores das "melhores práticas", realizando, dessa forma, o autocontrole disciplinar.

O poder normativo de produzir normas éticas não pode ser utilizado pelas entidades corporativas para a chamada política de malthusianismo profissional, erigindo restrições excessivas à liberdade profissional e ao princípio da livre concorrência[197]. Em matéria de livre exercício da profissão, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a norma do Código de Ética Médica que proibia o médico de aceitar emprego deixado por colega que tenha sido exonerado sem justa causa, salvo anuência do Conselho Regional[198].

No julgamento desse caso, o STF, embora tenha reconhecido o caráter especial das normas éticas, censurou o uso delas para estabelecer condições de exercício profissional

---

3. Las transgresiones de las normas de deontología profesional constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios profesionales."

[197] Sobre o conflito entre o direito da concorrência e as normas éticas, mormente as que fixam preços mínimos e critérios de publicidade, ver Capítulo 6.

[198] "CONSTITUCIONAL. Regulamentação Profissional. Profissão médica. A liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão somente pode ser limitada pelas condições de capacidade, que a lei estabelecer. Inconstitucionalidade, por afronta ao art. 153, § 23, da Constituição, do art. 18 do Código de Ética Médica, elaborado pelo Conselho Federal de Medicina, que declara "vedado ao médico aceitar emprego deixado por colega que tenha sido exonerado sem justa causa, salvo anuência do Conselho Regional". (Representação n. 1.023-6 – RJ – relator Ministro Décio Miranda – DJ 21/3/1950).

incompatíveis com *condições de capacidade*, ou semelhantes àquelas que produziam as antigas corporações de ofício, além de se criar uma hipótese de estabilidade no emprego sem amparo legal, pois o empregador, se fosse válida a mencionada restrição, somente poderia dispensar um médico por justa causa, sob pena de não obter um substituto, pois nenhum outro médico poderia aceitar esse posto, sem aquiescência do Conselho Regional de Medicina.

Conforme se verá adiante,[199] atualmente, a principal dificuldade do profissionalismo (como meio de controle do trabalho pelos próprios profissionais) é conciliar o estatuto especial por ele reivindicado, mormente as normas éticas que buscam conter a concorrência, disciplinando a publicidade e o estabelecimento de preços mínimos, com os preceitos do direito da concorrência, que rejeitam a distinção entre as profissões e as atividades econômicas em geral, e glosando as restrições à competição produzidas pelo código de ética, isto é, não reconhecem ou procuram mitigar os efeitos das normas éticas no campo concorrencial.

[199] Capítulo 6.

5 LIBERDADE DE PROFISSÃO NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

5.1 INTRODUÇÃO

O objetivo desse capitulo é analisar casos paradigmáticos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a regulação profissional, a fim de identificar quais são as restrições e as razões que a jurisprudência tem admitido como legítimas à liberdade de profissão.

5.2 CASO DOS CORRETORES DE IMÓVEIS (REPRESENTAÇÃO Nº 930 – DF)

O Supremo Tribunal Federal, na década de 70, teve a oportunidade de examinar a legitimidade constitucional da intervenção do legislador na contenção da liberdade de profissão, ao realizar o controle de constitucionalidade da Lei 4.116, de 27/8/1962, que instituiu a profissão de corretor de imóveis. Os requisitos estatuídos pelo legislador para o acesso à atividade eram:

> Art. 1º O exercício da profissão de Corretor de Imóveis somente será permitido às pessoas que forem registradas nos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis, de acordo com esta Lei.
> Art. 2º - O candidato ao registro como Corretor de Imóveis deverá juntar ao seu requerimento:
> a) – prova de identidade;
> b) – prova de quitação com o serviço militar;
> c) – prova de quitação eleitoral;
> d) – atestado de capacidade intelectual e profissional e de boa conduta, passado por órgão de representação legal da classe;
> e) – folha corrida e atestado de bons antecedentes, fornecidos pelas autoridades policiais das localidades onde houver residido nos últimos três anos;
> f) – atestado de sanidade;
> g) – atestado de vacinação antivariólica;
> h) – certidões negativas dos distribuidores forenses, relativas ao último decênio;
> i) – certidões negativas dos cartórios de protestos de títulos referentes ao último qüinqüênio; e
> j) – prova de residência no mínimo durante os três anos anteriores no lugar onde desejar e exercer a profissão.
> Art. 3º - Não podem ser Corretores de Imóveis:
> a) – os que não podem ser comerciantes;
> b) – os falidos não reabilitados e os reabilitados quando condenados por crime falimentar;
> c) – os que tenham sido condenados ou estejam sendo processados por infração penal de natureza infamante tais como: falsidade, estelionato, apropriação indébita, contrabando, roubo, furto, lenocínio ou passíveis, expressamente, de pena de perda de cargo público; e
> d) – os que estiverem com seu registro profissional cancelado.

A Lei 4116/62 foi impugnada pelo Procurador-Geral da República no STF, por meio de um mecanismo de controle concentrado (Representação nº 930-DF), atendendo à

representação do Sindicado dos Advogados do Rio de Janeiro que reclamava contra o monopólio da alienação de bens imóveis assegurado pela legislação em favor dos corretores de imóveis. De acordo com o Sindicato, esses privilégios ocupacionais prejudicavam os advogados, que restavam impedidos de alienar imóveis que lhes eram confiados por seus clientes em virtude de processos de inventários, causando, portando, danos aos espólios e ao público em geral.

O Procurador Geral da República sustentou a inconstitucionalidade da Lei 4.116/62 pelo fato de não haver razões de interesse público na regulamentação da profissão de corretor de imóveis, mas interesse de determinado grupo de criar uma disfarçada corporação de ofício em detrimento da liberdade de trabalho, visto que não se estabeleciam efetivamente *condições de capacidade* como requisito para seleção dos profissionais que poderiam se inscrever no conselho de fiscalização profissional.

O Relator da Representação nº 930 – DF foi o Ministro Cordeiro Guerra, que proferiu voto rejeitando a argüição de inconstitucionalidade da Lei 4.116/62. Disse que o único vício existente na lei se encontrava no artigo 7º, que já tinha sido declarado inconstitucional na via do controle difuso (RE 70.563[200]), bem como o Senado Federal, por sua vez, havia determinado a suspensão de tal regra (Resolução 31/71). Quanto à regulamentação da profissão de corretor de imóveis, argumentou que, tendo em vista a dimensão dos interesses econômicos do mercado de imóveis, bem como o número de pessoas envolvidas nas operações de compra e venda, a Lei 4.116/62 "visou disciplinar a profissão de corretor de imóveis, não no interesse destes, mas no da coletividade, afastando os desonestos e os incapazes", acrescentando, ainda, que "a mediação no mercado de imóveis envolve conhecimentos especializados, e tem relevante papel social e econômico, notadamente na industria da construção civil".

Como se tratava de regulação de uma profissão inspirada no interesse público, não havia incompatibilidade com o princípio da liberdade de profissão, sublinhando que essa

[200] Antes da propositura dessa Representação de Inconstitucionalidade, o STF havia pronunciado, incidentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 70.563-SP (RTJ nº 58, p. 279/283), a inconstitucionalidade do artigo 7º da Lei 4.116/62 que preceituava o seguinte: "Somente os Corretores de Imóveis e as pessoas jurídicas, legalmente habilitados, poderão receber remuneração como mediadores na venda, compra, permuta ou locação de imóveis, sendo, para isso, obrigados a manterem escrituração dos negócios a seu cargo". Esse dispositivo legal foi considerado inconstitucional por tornar exclusivo do corretor de imóveis inscritos no Conselho o contrato de mediação de alienação e locação de imóveis. O fundamento para essa decisão foi a inconstitucionalidade da criação da profissão de corretor de imóveis. Porém, como o STF nessa decisão estava adstrito à questão da exclusividade do contrato de corretagem prevista no artigo 7º, voltou a ser provocado pela via do controle concentrado no qual se suscitou a inconstitucionalidade total da lei.

atividade era regulamentada em outros países (EUA e Itália). Ademais, a complexidade do mundo moderno levou o legislador brasileiro a regulamentar não apenas a profissão de corretor de imóveis, mas também um conjunto de quase oitenta atividade econômicas.

O Ministro Cunha Peixoto acompanhou o voto do relator pela improcedência do pedido. Recordou que era tradicional no direito brasileiro a disciplina da profissão de corretor oficial (corretor de mercadorias, navios e fundos públicos), desde os tempos do Império, procurando equiparar o corretor de imóveis aos corretores oficiais.

A divergência com o relator foi aberta pelo voto do Ministro Rodrigues Alckimin, que argüiu a inconstitucionalidade da regulamentação da profissão de corretor de imóveis. Para chegar a essa conclusão, o Ministro estabeleceu as seguintes premissas.

A Constituição de 1946 e a de 1967 garantiram a liberdade de profissão, trabalho e ofício. Essa liberdade podia ser limitada pelo legislador, de maneira razoável, apenas na hipótese explicitamente descrita no texto constitucional, isto é, estabelecendo *condições de capacidade*. Contudo, ao fixar tais condições, o legislador não pode agir arbitrariamente, cabendo ao Judiciário averiguar se a regulamentação estatuída em lei manteve-se dentro dos limites da razoabilidade.

Que limites deveriam ser observados pelo legislador? O Ministro Rodrigues Alckimim, com fundamento na lição de Sampaio Doria, ofereceu os seguintes parâmetros: compete ao legislador estipular *condições de capacidade* técnica quando houver interesse público na regulamentação, o qual estaria presente nas situações em que o exercício da atividade profissional puder causar danos a terceiros. O requisito da capacidade técnica somente poderia ser imposto quando a profissão realmente reclamasse conhecimentos especializados derivados de aprendizado formal.

Reconheceu também o Ministro Alckimin que a Constituição, tanto a de 1946 como a 1967, aludia a *condições de capacidade* em sentido amplo, com objetivo de facultar ao legislador a exigência de requisitos que não fossem exclusivamente técnicos, como capacidade moral e física. Entretanto, essas outras condições não podiam ser estipuladas arbitrariamente. Na opinião do voto divergente, a regulação de qualquer profissão deveria estar restrita à estipulação de condições de capacidade concernente a pressupostos subjetivos vinculados à pessoa do candidato, e não a outros fins.

Com base em tais critérios de regulação profissional, censurou-se a instituição da profissão de corretor de imóvel, apresentando as seguintes razões: em primeiro lugar, porque se trata de atividade cujo exercício não prejudicará diretamente terceiros, pois o corretor de

imóveis que não consegue obter comprador para os bens que anuncia só causa dano a si próprio. Não haveria, portanto, o risco de dano a outrem que justificasse a intervenção do legislador. Em segundo lugar, porque não se demanda qualquer requisito de capacidade técnica para o exercício da atividade de corretor de imóveis, ou seja, não se solicita algum diploma, aprendizado ou conhecimento específico como justificativa para a regulamentação profissional. Sublinhou ainda o Ministro Alckimin que "a comum honestidade dos indivíduos não é requisito profissional e sequer exige a natureza da atividade especial idoneidade moral para que possa ser exercida sem risco" (grifo no original).

Na concepção do voto divergente, a finalidade da regulamentação foi a de criar, de forma oblíqua, uma corporação de ofício, pois, para ser corretor de imóveis, o candidato deveria apresentar, nos termos do artigo 2º, alínea "d", da Lei 4.116/62, "atestado de capacidade intelectual e profissional e de boa conduta, passado por órgão de representação legal de classe". Ora, como não era necessário algum tipo de formação acadêmica para o exercício da profissão de corretor de imóveis, a solicitação do citado "atestado" seria um meio arbitrário de se controlar o acesso à profissão com objetivos puramente protecionistas, ressaltando o Ministro Alckimin que:

> Desde que o ingresso na profissão depende de um registro; e que esse registro depende de tal atestação de "órgão de representação legal da classe" (não de exibição de diploma ou título obtido em cursos oficiais ou oficialmente fiscalizados e reconhecidos) é claro que o que se tem, nitidamente, uma corporação que poderá, a benefício do que a ela pertençam, excluir ou dificultar o ingresso de novos membros, reservando-se o privilégio e o monopólio de uma atividade vulgar, que não reclama especiais condições de capacidade técnica ou de outra natureza. Essa regulamentação, portanto, não se justifica pela invocação ao interesse público, ainda que – como acontece aos que defendem os próprios privilégios – se pretenda destinada à proteção dele, pela eventual invocação à exigência de condições de idoneidade moral aos profissionais.
> Profissão alguma existe em que a honestidade ou a moralidade sejam fatores despiciendos. Mas são elementos comuns de qualquer exercício profissional. [...] Note-se que, como no caso, nada obsta a que até indivíduos analfabetos possam agenciar a venda de imóveis, sem danos a terceiros e até com êxito. Nenhum risco especial acarreta o exercício dessa profissão a terceiro, se o exercente não provar condições de capacidade técnica, ou física, ou moral. Nada justifica, portanto, que se reserve esse exercício da profissão aos participes de "conselhos" e aos que, através da obtenção de atestações, nesses conselhos puderem ingressar.

Tampouco os demais requisitos consignados no artigo 2º da Lei 4.116/62, tais como "certidões negativas dos distribuidores forenses, relativas ao último decênio" (como se pudesse alguém impedir que lhe movessem processos, infundados ou temerários), "certidões negativas dos cartórios de protestos referentes ao último qüinqüênio", "prova de residência no mínimo durante os três anos anteriores no lugar onde desejar exercer a profissão" e "a prova, para os estrangeiros, de permanência legal e ininterrupta no país

durante o último decênio" poderiam ser qualificados como condições de capacidade, pois teriam mais o escopo de criar embaraços, dificultando o ingresso de concorrentes do que de verificar aptidão técnica do candidato à profissão.

O Ministro Alckimin defendeu que a regulamentação profissional está subordinada à necessidade de se exigir *condições de capacidade técnicas*, pois somente seria possível limitar o livre exercício de uma atividade, quando fossem indispensáveis conhecimentos especiais providos por instituição de ensino, devidamente atestados por meio de diplomas. Não seria suficiente para regulamentação a apuração "tão somente do normal procedimento honesto, exigível em todos os seres humanos, cujas falhas são penalmente punidas".

Não obstante tenha admitido, como a maioria da doutrina, que a cláusula constitucional *condições de capacidade* não se reduz a capacidade técnica certificada por meio de diplomas, abrangendo também requisitos morais, físicos e de outra natureza. O raciocínio desenvolvido pelo Ministro Alckimin põe em segundo plano essas outras condições ao insistir enfaticamente na importância do conhecimento especializado e do diploma como critério essencial de legitimidade da restrição da liberdade de trabalho pelo legislador ao disciplinar uma profissão. Dessa forma, destacou, mais de uma vez, ser a atividade de corretor vulgar, por não requerer nenhum diploma para o seu desempenho, podendo até um analfabeto exercê-la com sucesso.

Discordou o Ministro Cordeiro Guerra dessa visão, argüindo que a atividade de corretor de imóveis não padecia da vulgaridade ou da simplicidade alardeada no voto divergente, bem como caberia ao legislador decidir sobre a necessidade de regulamentar certa profissão, exigindo ou não critérios acadêmicos para o seu desempenho.

Não haveria, portanto, uma vinculação inexorável entre a regulamentação profissional e a prévia existência de cursos de formação especializada e os respectivos diplomas, como fator de legitimidade constitucional. Poderia, dessa forma, o legislador ordenar a atividade com o objetivo de assegurar a idoneidade moral e a honestidade dos integrantes da categoria, asseverando que:

> Dizendo-se corretores de imóveis, pessoas cujos antecedentes criminais, sociais e intelectuais eram desconhecidos sobrecarregavam de enganos ou de acidentes o tráfego comercial dos imóveis. Uma disciplina não se tem revelado anti-social, anti-democrática ou anti-econômica [sic]. O que seria contrário ao espírito da Constituição seria o monopólio. Mas desde que essa profissão é acessível a todos e promove uma elevação do nível intelectual, social e econômico dos seu participantes em benefício da coletividade, garantia da honestidade e segurança dos negócios, melhor esclarecimento das partes, tanto do comprador como do vendedor, sinceramente, não vejo inconstitucionalidade a declarar.

Qual critério deveria ser preponderante na limitação da discricionariedade do legislador na regulamentação das profissões, conforme a cláusula constitucional *condições de capacidade*: a capacidade técnica, baseada em formação acadêmica e diplomas, como postulava, de certa forma, a visão restritiva exposta no voto do Ministro Alckimin, ou bastariam condições de idoneidade moral destinadas a avaliar a integridade e a honestidade dos profissionais, como argüido pelo Ministro Cordeiro Guerra.

Não optaram os demais julgadores por nenhum desses critérios para repudiar a legislação inquinada de vício de inconstitucionalidade, visto que acolheram apenas parte dos fundamentos do voto do Ministro Alckimin, notadamente a argüição de que o requisito central pelo qual se administrava o acesso à profissão (atestado de capacidade intelectual e profissional e de boa conduta, passado por órgão de representação legal da classe) era arbitrário e puramente subjetivo, pois residia na classe dos corretores o poder de admitir, ou não, o ingresso nela de quem se candidatasse ao exercício da atividade.

No caso dos corretores de imóveis, o Supremo Tribunal Federal negou a possibilidade de que o acesso a uma profissão pudesse estar subordinado a juízo discricionário de um órgão de classe, como o atestado de capacidade intelectual e de boa conduta por ele próprio emitido, pois tal tipo de condição poderia dar margem a práticas excludentes e restritivas da concorrência, tais como as verificadas no passado nas corporações de ofícios, uma vez que o ingresso na profissão não dependeria tão-somente da aptidão e vontade do candidato, mas também de avaliações arbitrárias, que, possivelmente, buscariam regular a concorrência interna, obstruindo a entrada de novos profissionais.

O Supremo Tribunal Federal, portando, não acolheu a tese de que a atividade de corretor seria basicamente corriqueira para ser regulamentada ("atividade vulgar", como se referia o voto do Ministro Alckimin) ou, ainda, o argumento de que somente as atividades que requerem capacidade técnica (conhecimento especializado atestado em diploma) poderiam ser objeto de regulação profissional.

Em suma, não controlou o STF a legitimidade da instituição de uma profissão com fulcro em considerações a respeito da natureza simples ou complexa da atividade ou, ainda, tendo em vista a pertinência de se exigir ou não título acadêmico para o exercício de determinada atividade. Tampouco, pronunciou-se acerca da possibilidade de regulamentação da profissão estipulando apenas condições de idoneidade moral desvinculadas de qualquer título acadêmico.

Esse julgado do Supremo Tribunal Federal pode ser visto como *leading case* em matéria de regulação profissional, por ter realizado, pela primeira vez, o controle jurisdicional de constitucionalidade da competência do legislador para estabelecer *condições de capacidade* com o objetivo de limitar a liberdade de profissão, sendo possível extrair desse precedente as seguintes orientações:

a) A regra é a prevalência do princípio *pro libertate* no livre exercício de trabalho, ofício e profissão. Essa liberdade está sujeita à lei restritiva, que pode estabelecer *condições de capacidade*, contudo, não pode o legislador nulificar ou desconhecer esse direito. Em linguagem da dogmática constitucional hodierna, as restrições não podem afetar o conteúdo essencial desse direito, comprimindo-o irracionalmente.

b) As *condições de capacidade* que o legislador pode instituir correspondem a pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Ressalvou-se expressamente que tais condições devem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas, pelo interesse público, para julgá-las legítimas.

c) Afirmou-se que a liberdade profissional se opõe à restauração de corporações de ofícios que se reservam privilégios e monopólio de uma atividade econômica com fundamento em critérios subjetivos de controle de acesso à atividade, isto é, a outorga de competência às entidades de classe para, com base em juízo discricionário, quiçá arbitrário, autorizar o ingresso de novos profissionais ("atestado de capacidade intelectual e boa conduta expedido pelo órgão de classe"), visto que tal medida se converteria facilmente em mecanismo regulador da concorrência.

A declaração de inconstitucionalidade da Lei 4.116/62 não conduziu, todavia, à supressão da organização corporativa da profissão, pois, antes do término do julgamento[201], os corretores conseguiram a aprovação pelo Congresso Nacional de um projeto de lei enviado pelo Executivo, convertido na Lei 6.530/78, que estabeleceu o título de técnico de transações imobiliárias, obtido após conclusão de curso técnico de nível médio, como único requisito de acesso à profissão, afastando, dessa forma, os vícios que maculavam a legislação pretérita. Deveras, a nova regulamentação limitou-se a exigir o

[201] O julgamento da inconstitucionalidade da Lei 4.116/62 foi concluído na sessão de 5/5/76; contudo, foi interposto embargado de declaração o que adiou o resultado final para 25/10/1978. Durante o julgamento dos embargos, foi suscitada a questão de já ter sido revogada a Lei 4.116/62 pela Lei 6.530/78, devendo, por isso, o processo ser julgado extinto por perda de objeto em razão de farto superveniente. O STF rejeitou essa questão, afirmando que "a sentença na representação é predominantemente declaratória, retroagindo os seus efeitos até o berço da lei".

pressuposto subjetivo de capacidade técnica, conforme tenazmente defendido pelo Ministro Alckimin.

5.3 CASO DA RESTRIÇÃO TEMPORÁRIA DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA (REPRESENTAÇÃO Nº 1064 – DF)

No julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 1064 –DF, o Supremo Tribunal Federal novamente se manifestou sobre o sentido da cláusula *condições de capacidade*, que autorizava a ingerência do legislador na liberdade de profissão. Analisou a compatibilidade do artigo 86 da Lei 5.215/63, que estendia o regime de incompatibilidade e impedimentos para o exercício da profissão de advogado, por um período de dois anos após a aposentadoria ou a disponibilidade, aos magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais, e aos funcionários de sociedade de economia mista. Rezava o citado dispositivo:

> Art. 86. Os magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais, e os funcionários de sociedade de economia mista, definitivamente aposentados ou em disponibilidade, bem como os militares transferidos para a reserva remunerada ou reformados, não terão qualquer incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia, decorridos dois anos do ato que os afastou da função.

A representação de inconstitucionalidade foi proposta pelo Procurador-Geral da República, que argumentou ser a regra supracitada contrastante com o § 23 do artigo 153 da Constituição de 1967, conforme Emenda nº 1/69, pois a interdição temporária do exercício da advocatícia aos agentes públicos aludidos no artigo 86 do Estado da Ordem dos Advogados não se fundava em condições de capacidade, único motivo legítimo para a limitação do exercício da profissão, constituindo, assim, restrição arbitrária, por discriminar sem justificativa plausível pessoas aptas e capazes para o exercício da advocacia.

O Ministro Néri da Silveira, relator da Representação nº 1054, rejeitou o pedido de inconstitucionalidade do artigo 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados, aduzindo que a locução *condições de capacidade* não pode ser reduzida ao conceito de capacidade técnica, isto é, não se circunscreve apenas ao mínimo de conhecimentos necessários para exercício de uma atividade, mas abrange condições de natureza diversa (moral e física), desde que solicitadas pelo interesse público. Para o relator, Ministro Néri da Silveira, a vedação temporária contida na regra do artigo 86 da Lei nº 4.215/63 era compatível com o artigo 153, § 23, porquanto se tratava de requisito de índole moral, perfeitamente possível de ser prescrito pelo legislador, asseverando-se que:

> Não cuida, de outra parte, o dispositivo impugnado de interditar o acesso [ao] desempenho da advocacia, de forma definitiva, a todos aqueles a que se dirige, mas, apenas, lhes obsta a atividade profissional de advogado, por um biênio, lapso de tempo esse que o legislador ordinário, em seu juízo, considerou conveniente estipular, desde o afastamento das atividades tidas, legalmente, como incompatíveis com essa profissão [...]
> De outro lado, cumpre entender que o legislador teve presente, ao definir esse biênio, motivos de moralidade, não só quanto ao exercício da advocacia, mas, também, especialmente, na defesa do bom nome da magistratura brasileira e do Ministério Público, perante a Nação e a opinião pública. Considerou o legislador ser essa condição de interesse público, enquanto como este dizem os aspectos de moralidade e respeitabilidade das profissões liberais e das instituições em particular, do Poder Judiciário e do Ministério Público. É de inteiro admissível entender que cause perplexidade ao homem comum, não afeiçoado à vida quotidiana do foro e dos tribunais, ver um membro de tribunal, inclusive desta Corte, ou um juiz, afastar-se das suas funções, por aposentadoria ou disponibilidade remunerada, e logo passar a advogar, perante seus mesmos pares ou juizes de instância inferior.

O Ministro Moreira Alves discordou do ponto do vista do relator e apresentou voto divergente, acolhendo a inconstitucionalidade do artigo 86 da Lei 4.215/63, por entender que a restrição temporária não se enquadrava no conceito de *condições de capacidade.*

Na construção do seu raciocínio, o Ministro Moreira Alves alude ao precedente firmado pelo STF quando julgou o caso dos corretores de imóveis (Representação 930-DF), no qual se proclamou que a liberdade profissão só poderia ser restringida por *condições de capacidade*, conforme autorizava o § 23 do artigo 153 da CF. Reiterou que compete ao Judiciário verificar se os requisitos prescritos pelo legislador estão compreendidos no conceito de capacidade e se estão relacionadas com o interesse público.

No precedente nº 930-DF, definiu-se que *condições de capacidade* correspondiam a pressupostos subjetivos pertinentes ao candidato à profissão, isto é, aqueles que permitem verificar se a pessoa tem aptidão para o desempenho da atividade. O Ministro Moreira Alves reafirma o conceito de condições de capacidade como conjunto de pressupostos subjetivos indispensáveis para o exercício de trabalho, ofício e profissão, abrangendo tanto o aspecto de habilitação técnica como a idoneidade moral e a aptidão física.

Para Ministro Moreira Alves, a restrição prevista no artigo 86 da Lei 4112/63 era excessiva e discriminatória, bem como não se subsumia à noção de condição de capacidade. Para demonstrar tal assertiva, recuperou a evolução dessa restrição[202] que foi,

[202] O Decreto nº 24.6331, de 9 de julho de 1934, alterou a redação do artigo 11 do Decreto 22.478/33, com a finalidade de incluir a interdição temporária para magistrado exercer a advocacia perante o Tribunal que integrava, prescrevendo:
"Art. 11. São impedidos de procurar em juízo, mesmo em causa própria:
[...] VII – Os magistrados aposentados, ou em inatividade remunerada, perante o tribunal, de que fizeram parte, até dois anos depois do seu afastamento".
Esse dispositivo foi modificado pelo Decreto-lei nº 4.803, de 6 de outubro de 1946, passando a ter a seguinte redação:

no período de 1933 a 1945, originariamente prevista para os magistrados aposentados ou em inatividade remunerada, pelo período de dois anos após o afastamento, no território sujeito à jurisdição do juízo ou tribunal em que tenha funcionado, incluindo também na restrição a proibição de darem parecer sobre causas em andamento ou a serem propostas no dito território.

Essa restrição temporária foi revogada pelo Decreto-lei 8.043/45, vindo, todavia, a ressurgir de forma ampliada na Lei 4.112/63, pois vedou o exercício da advocacia em todo o território nacional e não apenas no Tribunal ou território onde atuava o magistrado aposentado, como também alcançou um conjunto maior de agentes públicos (membros do ministério público, servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais, empregados de sociedades de economia mista e militares reformados ou transferidos para reserva remunerada).

Para o Ministro Moreira Alves não havia razão constitucional para persistência no tempo, após a aposentadoria, do regime de incompatibilidade total e parcial (esta última chamada de impedimento). Segundo o artigo 83 da Lei 4112/63 (Estatuto da Ordem dos Advogados), "o exercício da advocacia é incompatível com qualquer atividade, função ou cargo público que reduza a independência do profissional ou proporcione a captação de clientela". Ora, sob o prisma da independência, a aposentadoria extingue o vínculo funcional com o Estado, de sorte que não tem fundamento obstar, após a inatividade pelo período de dois anos, o exercício da advocacia ao servidor aposentado, pois cessada a relação de trabalho com o Estado, desaparece a causa limitadora da independência que obstava a inscrição na Ordem.

Quanto ao risco de captação de clientela, em razão do prestígio acumulado no cargo público pelo servidor ou magistrado aposentado, o voto do Ministro Moreira Alves considera tal motivo incompatível com a cláusula constitucional que faculta restringir a liberdade de profissão apenas por *condições de capacidade.* A proteção contra potencial concorrência não pode ser motivo para limitar o acesso a determinada atividade profissional, bem como ninguém poderia ficar impedido de exercer uma profissão com

---

"VII – Os magistrados aposentados, ou em inatividade remunerada, no território sujeito à jurisdição do juízo ou tribunal em tenham funcionado, até dois anos depois do seu afastamento, compreendendo-se nessa proibição a emissão de parecer sobre causas em andamento ou a serem propostas no dito território."
Em seguida foi essa norma parcialmente emendada pelo Decreto-lei 5.310/43 ressalvar a situação dos Juízes aposentados do Supremo Tribunal Federal:
"Artigo único. O disposto no Decreto-lei nº 4.803, de 6 de outubro de 1942, não se aplica aos Juízes aposentados do Supremo Tribunal Federal, senão quanto às causas que já estejam ajuizadas ao tempo da aposentadoria às que se processem perante o mesmo Tribunal e às que sejam propostas contra a Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal."

base na presunção de que poderá vir a cometer ato que fira preceito ético do bom desempenho da atividade. Nesse ponto, ressalta o Ministro Moreira Alves que

> a captação de clientela não é, portanto, condição de capacidade, pois não se enquadra em nenhuma das modalidades possíveis desta, nem visa a proteger o interesse público, mas sim a impedir possibilidade de concorrência que se tem por desleal com os outros profissionais da mesma profissão. Proteção dessa ordem – que não é sequer de natureza moral, pois captação moralmente reprovável é aquela que decorre de ação do profissional para atrair clientes, e não a que resulta de prestigio funcional, social ou intelectual, adveniente de outra atividade lícita – proteção dessa ordem, repito, é característica de corporações de ofício abolidas desde a Constituição Imperial de 1824 (artigo 179, item XXV) e incompatíveis com a liberdade de trabalho, ofício ou profissão. E especialmente de profissão liberal.

O Ministro Moreira Alves também criticou o argumento de que as razões de ordem ética destinadas a impedir que determinada pessoa se valesse de relações privilegiadas de amizade, gratidão ou temor reverencial tivessem sido levadas em consideração na estipulação da norma impugnada, isto é, que o objetivo do artigo 86 fosse o de preservar o bom nome do Judiciário e do serviço público. Se esse foi o fundamento que influenciou a norma questão, ele padece do vício da discriminação irracional, bem como da desproporcionalidade com relação a certas categorias de agentes públicos.

Com efeito, a discriminação irracional atentatória contra o princípio da igualdade manifesta-se no fato de a citada regra impedir, pelo período de dois anos após a aposentadoria, o empregado de uma sociedade de economia mista ou o contínuo de uma universidade de exercer a advocacia, mas poupa de tal restrição os agentes políticos (Presidente da República, parlamentares, ministros, secretários), além de não alcançar o agente público, demitido ou exonerado, que se encontra em situação similar ao do aposentado em termos de relação privilegiada com ex-colegas.

A par da discriminação injustificada, a norma impugnada mostra-se desproporcional ao estabelecer restrição excessivamente onerosa em sua extensão para os magistrados, pois seria suficiente que a limitação se circunscrevesse ao Tribunal ou Juízo em que servira o juiz aposentado, ou, até, ao território sob a jurisdição dele. Nunca, porém, com relação a todo território nacional[203]. O voto do Ministro Moreira Alves convenceu os demais julgadores, sobretudo o raciocínio relativo à arbitrariedade do critério de restrição pela onerosidade excessiva para alguns ao ampliar proibição desnecessariamente, ao passo

[203] A Emenda Constitucional nº 45 (Reforma do Judiciário) incluiu na Constituição Federal restrição dessa ordem, estabelecendo no artigo 95, inciso V, que aos juizes é vedado "exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração".

que se excluíam injustificadamente outros agentes públicos do seu alcance, discriminando-os sem explicação razoável.

Esse precedente do Supremo Tribunal Federal reafirmou a competência para controlar a discricionariedade do legislador na prescrição de requisitos de acesso à profissão, proclamando novamente que a cláusula *condições de capacidade* se identifica com pressupostos subjetivos necessários ao trabalho, incluindo tanto a aptidão técnica e física como a idoneidade moral. Contudo, ressalvou que os motivos de ordem moral não podem ser definidos de maneira excessiva ou discriminatória, ou muito menos fundamentados em presunções sobre possíveis comportamentos futuros inidôneos (captação indevida de clientela).

Também se afastou nesse julgado a possibilidade de obstar o acesso à profissão com o objetivo de proteção econômica dos integrantes já estabelecidos na atividade, preservando-os concorrência indesejada de novos profissionais, tal qual fez o Tribunal Constitucional Alemão quando negou ao legislador a competência para impor pressupostos objetivos que limitassem o direito de escolha de profissão, tendo o voto do Ministro Moreira Alves feito alusão à doutrina germânica sobre a liberdade de profissão que refuta a admissão de fatores não relacionados à pessoa do candidato[204].

5.4 CASO DOS MÉDICOS FISIATRAS *VERSUS* FISIOTERAPEUTAS E TERAPEUTAS OCUPACIONAIS (REPRESENTAÇÃO Nº 1.056-DF)

Na Representação nº 1.056-DF, o Supremo Tribunal Federal examinou um conflito interprofissional entre os fisioterapeutas e os médicos.[205] A fisioterapia e terapia

[204] Capítulo 3.

[205] A fisioterapia e a terapia ocupacional surgiram como ocupações auxiliares ao domínio médico da ortopedia e da fisiatria que atuavam em procedimentos de reabilitação física e mental. De ocupação auxiliar responsável pela execução de técnicas reabilitadoras, a fisioterapia e a terapia ocupacional adquiriram o status de profissão com a institucionalização do seu aprendizado, o qual deixou de ser de cunho eminentemente prático após a criação do curso universitário para o treinamento formal e acadêmico dos novos profissionais que passaram a rechaçar o rótulo de massagista para se tornar fisioterapeuta. Em 1951, tem início o primeiro curso de formação de Técnico em Fisioterapia. Em 1956, a Associação Brasileira Beneficente de Reabilitação criou o primeiro curso de Fisioterapia de nível superior no Rio de Janeiro. Esse processo de demarcação das fronteiras da profissão, em regra, é conflituoso, por gerar disputas de espaços e atribuições com outras profissões. No caso da fisioterapia, não foi diferente, em virtude da oposição médica. Relata Barros (2004) que a medicina ortopédica e a fisiatra sempre rejeitaram a possibilidade de inserção autônoma dessa nova profissão na área da saúde de reabilitação. O Parecer nº 388/63 do Conselho Federal de Educação, homologado pela Portaria 511/64 do MEC, que tratou do currículo mínimo para a formação universitária em fisioterapia no Brasil bem expressava o caráter subordinado da nova profissão à autoridade médica ao estabelecer: "[...] A referida comissão insiste na caracterização desses profissionais como auxiliares médicos que desempenham tarefas de caráter terapêutico sob a orientação e a responsabilidade do médico. [...]" "[...] Cabe-lhes executar, com perfeição, aquelas técnicas, aprendizagem e exercícios recomendados pelo médico que conduzem à cura ou à recuperação dos parcialmente inválidos para a vida

ocupacional foram regulamentadas como profissões da saúde pelo Decreto-lei nº 938, de 13 de outubro de 1969, que delimitou as fronteiras de atuação privativa, nos seguintes termos:

> Art. 3º É atividade privativa do Fisioterapeuta executar métodos e técnicas fisioterápicos com a finalidade de restaurar, desenvolver e conservar a capacidade física do paciente.
> art. 4º É atividade privativa do Terapeuta ocupacional executar métodos e técnicas terapêuticas e recreacionais com a finalidade de restaurar, desenvolver e conservar a capacidade mental do paciente.

A inconstitucionalidade dos citados dispositivos legais foi argüida pelo Procurador Geral da República por solicitação da Sociedade Brasileira de Medicina Física e Reabilitação e do Conselho Federal de Medicina, alegando afronta ao § 23 do artigo 153 da Constituição que declara "livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer", pois, ao assegurar aos fisioterapeutas e aos terapeutas ocupacionais um campo privativo de atribuições, foram os médicos banidos da especialidade atinente à medicina da reabilitação física e mental.

O Relator da representação de inconstitucionalidade, Ministro Décio Miranda, rejeitou o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pois a criação de um curso superior de fisioterapia e terapia ocupacional (capacitação técnica específica) autorizava o legislador a reservar um espaço ocupacional privativo para essas novas especialidades que surgiram na área da saúde, atribuindo-lhes um conjunto de tarefas exclusivas. Esse tipo de regulamentação encontrava amparo no § 23 do art. 153, pois a restrição ao livre exercício da profissão inseria-se dentro do conceito de *condições de capacidade*.

---

social. Daí haver a Comissão preferido que os novos profissionais paramédicos se chamassem Técnicos em Fisioterapia e Terapia Ocupacional, para marcar-lhes bem a competência e atribuições. [...]" De acordo com Barros (2004), esse parecer do Conselho Federal de Educação foi produzido por uma comissão composta especialmente por médicos, deixando, por isso, de contemplar as reivindicações da ocupação que aspirava à profissionalização em outros patamares, razão pela qual se travou a seguinte batalha: i) pleitearam os fisioterapeutas, por meio das associações profissionais, ao Congresso Nacional que regulamentasse a profissão, porém não conseguiram êxito por conta do poder médico, contrário à autonomia profissional postulada por eles; ii) "apenas em 1969 depois de intensa articulação com os militares e outras lideranças, o Estado brasileiro finamente reconheceu a profissão de fisioterapeuta com toda sua independência" (2004), editando a junta militar que governava o país à época o Decreto-Lei 938/69. Contudo, descreve Barros (2004) que "apenas trinta dias após a promulgação do Decreto-lei 938/69, a 'comissão de saúde' do Congresso Nacional, formada apenas por médicos, aprovava por unanimidade o Projeto de Lei 2.090, de autoria da própria comissão, que tinha por objetivo alterar o texto do Decreto-Lei 938". De acordo com o texto do Projeto, em vez da palavra fisioterapeuta, o Decreto-Lei deveria referir-se a "técnico em fisioterapia", ficando também totalmente proibido a estes profissionais "atender a qualquer paciente que não tenha sido enviado por médico", "promover anúncio ou publicidade sobre sua atividade" e até mesmo proibido de "instalar consultório". A comissão de saúde alegava basear-se em um "estudo da Sociedade Brasileira de Ortopedia do Rio de Janeiro". Porém, desta vez, o poder médico da "comissão" perdeu diante da pressão e do bom senso de deputados e, após alguns meses de tramitação, o projeto foi arquivado.

De acordo com o relator, com a disciplina das atividades típicas e exclusivas da fisioterapia e da terapia ocupacional, o legislador teria reorganizado a divisão técnica do trabalho no campo da medicina reabilitadora, cabendo ao médico especialista nessa área "a tarefa, mais exigente e complexa, do diagnóstico, da prescrição dos tratamentos e, bem assim, da avaliação dos resultados". Entretanto, a execução material de técnicas e métodos fisioterápicos e de terapia ocupacional com a finalidade de restaurar, desenvolver e conservar a capacidade física e mental do paciente foram atribuídos ao fisioterapeuta e ao terapeuta ocupacional que reuniam, a critério do legislador, a capacitação especializada mais adequada para desempenho dessas funções.

O Ministro Néri da Silveira também acompanhou a tese do relator de que cabe ao médico o diagnóstico da patologia e a prescrição do tratamento reabilitatório. Porém, prescrito este, a atividade de executar métodos e técnicas adequados constitui campo da nova especialidade profissional. O desenvolvimento científico e tecnológico pelo avanço do conhecimento em determinados setores permite o surgimento de novas profissões que alcançam autonomia em relação a outras que, antes, eram simples ocupações auxiliares, competindo ao legislador o juízo de oportunidade, no tempo, de atribuir um âmbito privativo de atuação, tendo em vista a formação acadêmica especializada dos novos profissionais.

Para Ministro Néri da Silveira, o legislador tinha liberdade para redistribuir atribuições e competências que antes estavam concentradas numa profissão, que não poderia invocar um direito adquirido à imutabilidade desse campo privativo. Caberia ao legislador apenas preservar as situações subjetivas de determinados profissionais que, pelas regras anteriores, já estavam habilitados a desempenhar as atividades que a lei nova veio a definir como núcleo de uma nova profissão que adquire autonomia em relação àquela em cujo domínio se compreendia.

O Ministro Moreira Alves estabeleceu a divergência, enquadrando o problema numa perspectiva diversa, o que levou os demais julgadores a reverem o próprio voto para acompanhar a interpretação que, emendando o texto legal, ressalvava que os atos declarados pela lei privativos dos fisioterapeutas e dos terapeutas ocupacionais também poderiam ser praticados pelos médicos fisiatras.

O Ministro Moreira Alves argumentou que o artigo 3º e o 4º do Decreto-Lei 938/69 não violavam o § 23 do artigo 153 da CF, pois se criavam restrições à liberdade profissional em função de capacidade técnica decorrente de formação universitária. O

problema era de outra ordem, vale dizer, “saber se o legislador ordinário tinha arbítrio no estabelecimento dessas condições de capacidade ou se ele está circunscrito a condições reais de capacidade para o exercício do trabalho, ofício, ou profissão”.

Para o Ministro Moreira Alves, o legislador não podia atribuir exclusividade nos atos de execução de métodos e técnicas de reabilitação aos fisioterapeutas e aos terapeutas ocupacionais em detrimento dos médicos que também atuavam nessa especialidade. A tese sustentada no voto divergente e acolhida pelo STF era a de que o legislador não está completamente livre para fazer a divisão técnica do trabalho sem levar em consideração a capacidade real das profissões concorrentes no desempenho das atribuições comuns. Nesse diapasão, peremptoriamente, afirmou:

> Parece-me, também, evidente que nesse terreno [saber se o legislador é livre para dispor sobre a realocação das atribuições de uma profissão já estabelecida para uma nova profissão] não há arbítrio para o legislador, o que implica dizer que este, em áreas de atividades que estão intimamente ligadas, não pode restringir o exercício da profissão por quem tenha capacidade para exercê-la em toda a sua plenitude, sob a alegação de que, por haver cursos universitários mais restritos e, portanto, de formação mais reduzida, tais cursos formam profissionais que passam a ter competência privativa de realização material de técnicas de que são ínsitas ao exercício pleno da profissão que exige habilitação mais completa.
> Para que, em razão de capacidade, se restrinja o exercício da profissão de certos habilitados, é necessário que essa restrição se dê em virtude de se exigirem, além dos conhecimentos que aqueles têm, outros conhecimentos de que eles carecem, porque, nesse caso, há o **plus** de capacidade que, sem arbítrio, permite ao legislador restringir o exercício profissional daqueles (grifo no original).

Com efeito, no caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, há um conflito interprofissional entre ocupações emergentes do terreno da saúde (fisioterapia e terapia ocupacional) que alcançaram o status de profissão regulamentada e o monopólio dos atos relativos à execução de métodos e técnicas de reabilitação (Decreto-Lei 938/9) e os médicos fisiatras que resistem à perda da jurisdição sobre tais tarefas e ao risco de que essas novas profissões possam vir a diagnosticar e a prescrever tratamentos no campo da fisioterapia e da terapia ocupacional.

Segundo Abbott (1988), as profissões competem intensamente pela jurisdição profissional, isto é, pelo domínio das tarefas pertencentes a determinada área profissional, sendo que o recurso estratégico para manter a jurisdição sobre as tarefas em disputa e sobreviver nesse sistema competitivo é o prestígio do conhecimento abstrato controlado pelo grupo profissional.

O desfecho do conflito analisado pelo Supremo Tribunal Federal confirma tal asserção, pois na solução do litígio predominou a tradição, o prestigio e a amplitude do conhecimento dominado pela medicina, porquanto, segundo o voto do Ministro Moreira

Alves, as novas profissões não correspondiam efetivamente à nova especialidade dotada de um conhecimento superior e específico que pudesse reivindicar autonomia e jurisdição exclusiva em detrimento da medicina, ponderando:

> O que, na realidade, está ocorrendo em nossos dias, em áreas como medicina, não é apenas a especialização é um **plus** em face do conhecimento geral necessário que será aprofundado por ela num dos setores desse conhecimento, mas também – o que é diverso – a criação de cursos mais restritos e de menor duração, para a formação de profissionais, dentro de um dos ramos do saber, de limites mais restritos, e por isso mesmo dependentes dos de formação integral, essa segunda tendência não visa a especializar, porque não cria um **plus**, mas visa a permitir o exercício de certas práticas restritas dentro daquele terreno mais amplo, sem, porém, excluir dele quem tenha a formação profissional integral, para exercer a profissão em sua plenitude (grifo no original).

Enfim, esse precedente do Supremo Tribunal Federal contribuiu para reafirmar a legitimidade da constituição de novas profissões com base em capacidade técnica atestada por credencial educacional de nível superior. Estabeleceu também o STF que o legislador não desfruta de arbítrio na atribuição da jurisdição exclusiva à nova profissão em detrimento de outras já estabelecidas, visto que a alocação de tarefas privativas à determinada profissão deve estar calcada necessariamente na existência de um saber profissional específico que seja um efetivo acréscimo (***plus***) ao conhecimento geral existente.

5.5 CASO DOS BIOMÉDICOS *VERUS* FARMACÊUTICOS (REPRESENTAÇÃO Nº 1.256-5/DF)

O Supremo Tribunal Federal voltou a examinar o conflito entre jurisdições profissionais quando julgou a Representação de Inconstitucionalidade nº 1.26-5/DF, que tinha por objeto a disputa entre biomédicos e farmacêuticos pela competência para realizar análises clínico-laboratoriais.

A profissão de biomédico foi disciplinada pela Lei 6.684, de 3 de setembro de 1979 que dispunha:

> Art. 3º O exercício da profissão de Biomédico é privativo dos portadores de diploma:
> I - devidamente registrado, de bacharel em curso oficialmente reconhecido de Ciências Biológicas, modalidade médica;
> II - emitido por instituições estrangeiras de ensino superior, devidamente revalidado e registrado como equivalente ao diploma mencionado no inciso anterior.
> Art. 4º Ao Biomédico compete atuar em equipes de saúde, a nível tecnológico, nas atividades complementares de diagnósticos.
> Art. 5º Sem prejuízo do exercício das mesmas atividades por outros profissionais igualmente habilitados na forma da legislação específica, o Biomédico poderá:
> I - realizar análises físico-químicas e microbiológicas de interesse para o saneamento do meio ambiente;

> II - realizar serviços de radiografia, excluída a interpretação;
> III - atuar, sob supervisão médica, em serviços de hemoterapia, de radiodiagnóstico e de outros para os quais esteja legalmente habilitado;
> IV - planejar e executar pesquisas científicas em instituições públicas e privadas, na área de sua especialidade profissional.
> Parágrafo único. O exercício das atividades referidas nos incisos I a IV deste artigo fica condicionado ao currículo efetivamente realizado que definirá a especialidade profissional.

Logo após a regulamentação da profissão de biomédico, foi aprovada a Lei nº 6.686/79, modificada ulteriormente pela Lei nº 7.135/83, que prescrevia:

> Art. 1º - Os arts. 1º e 2º da Lei nº 6.686, de 11 de setembro de 1979, passam a vigorar com a seguinte redação:
> Art. 1º - Os atuais portadores de diploma de Ciências Biológicas, modalidade médica, bem como os diplomados que ingressarem nesse curso em vestibular realizado até julho de 1983, poderão realizar análises clínico-laboratoriais, assinando os respectivos laudos, desde que comprovem ter cursado as disciplinas indispensáveis ao exercício dessas atividades.
> Art. 2º - Para efeito do disposto no artigo anterior, fica igualmente assegurada, se necessária à complementação curricular, a matrícula dos abrangidos por esta Lei nos cursos de Farmácia-Bioquímica, independentemente de vaga.
> Art. 2º - É vedado o exercício de análises clínico-laboratoriais aos diplomados em Ciências Biológicas, modalidade médica, que tenham ingressado nesse curso após julho de 1983.

As Leis 6.686/79 e 7.135/83 estipulavam que só poderiam realizar análises clínico-laboratoriais os biomédicos que tivessem cursado as matérias indispensáveis para o exercício dessas atividades, bem como proibia o exercício de análises clínico-laboratoriais aos que ingressaram no curso após julho de 1983. É contra essa restrição temporal injustificada ao exercício da profissão que os biomédicos representaram o Procurador-Geral da República a fim de que se argüisse a inconstitucionalidade da limitação arbitrária.

Sustentou-se, nessa demanda, que não havia fundamento razoável para discriminação, pois tantos os biomédicos formados antes de julho de 1983 como depois de tal marco tinham habilitação técnica para fazer análise clínico-laboratorial, pois o currículo mínimo do curso de ciências biológicas, modalidade médica, aprovado pelo Conselho Federal de Educação, continha as disciplinas acadêmicas indispensáveis para execução dessas tarefas, estando, portanto, os biomédicos tecnicamente capacitados para desempenho de tais atividades.

O relator da Representação de Inconstitucionalidade nº 1.256-5, Ministro Oscar Correia, proferiu voto acolhendo a argüição de inconstitucionalidade pelo fato de a discriminação temporal entre os formados antes e depois de 1983 não se ancorar em critérios consistentes e razoáveis, pois o currículo de formação do biomédico, desde quando o curso foi criado, incluía disciplinas que conferiam habilitação aos diplomados para o exercício da atividade de análise clínico-laboratorial, conforme Resolução s/n de

4/2/70 do Consulado Federal de Educação, situação essa que não se alterou após o advento das leis impugnadas. Enfim, a discriminação produzida pelo legislador não se baseava em diferenças de competência técnico-profissional.

Os motivos que teriam inspirado legislador a vedar aos biomédicos formados após julho de 1983 a atribuição para análise clínico-laboratorial, consoante demonstravam os debates parlamentares, foram o suposto risco de saturação do mercado de trabalho e de esvaziamento das faculdades de farmácia. Para o relator, as restrições à liberdade de profissão com o escopo de proteger os membros de uma profissão do aumento da concorrência proporcionado por outra profissão com capacidades similares não encontravam respaldo no § 23 do artigo 153 da CF.

Esse precedente do Supremo Tribunal Federal consolida a jurisprudência sobre regulação e liberdade profissional nos seguintes temas: i) há uma correlação entre liberdade profissional e habilitação técnica, de sorte que não é possível restringir o exercício da atividade profissional se a capacitação foi adquirida pelo cumprimento das disciplinas curriculares que o autorizam; ii) não dispõe o legislador de liberdade para alterar as atribuições de uma profissão que se apresenta apta tecnicamente para desempenho das tarefas que lhe foram suprimidas, sobretudo se a modificação de competência não tem justificativa razoável; iii) restrição ao exercício profissional com a finalidade de proteger contra a competição profissional, tendo vista uma presumível saturação do mercado, não se subsume ao conceito de *condições de capacidade* e, por isso, afronta o princípio de liberdade de profissão.

5.6 CASO DA DISTÂNCIA ENTRE AS FARMÁCIAS (SÚMULA Nº 646 DO STF)

A Súmula nº 646 do Supremo Tribunal Federal proclama que ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área. Esse enunciado jurisprudencial foi construído no julgamento de recursos extraordinários[206] que tinham por questão de fundo a legislação

[206] Serviram de fundamento para a Súmula 646, entre outros, os Recursos Extraordinários nº 193.749, DJ 4/5/2001; nº 199517, DJ 13/11/1998 *in* RTJ 167/687; nº 198107, DJ 6/8/1999 *in* RTJ 171/666).
"EMENTA: AUTONOMIA MUNICIPAL. DISCIPLINA LEGAL DE ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL. LEI MUNICIPAL DE JOINVILLE, QUE PROÍBE A INSTALAÇÃO DE NOVA FARMÁCIA A MENOS DE 500 METROS DE ESTABELECIMENTO DA MESMA NATUREZA.
Extremo a que não se pode levar a competência municipal para o zoneamento da cidade, por redundar em reserva de mercado, ainda que relativa, e, conseqüentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência das atividades econômicas, que informam o modelo de ordem econômica consagrado pela Carta da República (art. 170 e parágrafo, da CF). Recurso não conhecido" (Recurso Extraordinário nº 203.909-8/SC, relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 6/2/1998).

municipal que, sob o pretexto de disciplinar zoneamento urbanístico das atividades compatíveis entre si em determinada região, fixava uma distância mínima que deveria ser observada para abertura de farmácias e drogarias, estabelecendo, ainda que indiretamente, um limite máximo de estabelecimentos comerciais por região.

O Supremo Tribunal Federal rejeitou o argumento de que o Município, quando legislasse a respeito da distância mínima que um estabelecimento farmacêutico deveria manter e outro congênere, estivesse atuando dentro da competência municipal que o habilita a ordenar física e socialmente a ocupação do solo urbano, estabelecendo os usos compatíveis ao definir as zonas residenciais, comerciais, industriais, lazer etc.

A competência para disciplinar o zoneamento urbano não chegava ao ponto de permitir a interdição da duplicidade, ou até da multiplicidade, de estabelecimento do mesmo ramo, numa mesma área, pois isso redundaria em reserva de mercado, ainda que relativa, afrontando o princípio da livre concorrência e da liberdade de iniciativa econômica que informam o modelo de ordem econômica albergado pela Constituição Federal.

O tema da localização de estabelecimentos farmacêuticos com base em critérios geográficos (distância mínima entre farmácias) ou demográficos (número de habitantes por farmácia) foi objeto de discussão na jurisprudência alemã,[207] que negou a possibilidade de que a escolha da profissão e, portanto, o acesso à determinada atividade econômica, estivesse condicionado por pressupostos objetivos estranhos à pessoa do candidato à profissão, com a finalidade de garantir a viabilidade econômica dos estabelecimentos já instalados.

Na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.327-6, o Ministro Gilmar Mendes chega a fazer alusão à teoria dos 'degraus' desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã para examinar a intensidade e o tipo de restrições que o Estado pode impor a liberdade de profissão, ressaltando que a questão poderia também ser apreciada à luz do princípio da proporcionalidade. Contudo, o debate no STF acabou sendo realizado com base no princípio da livre concorrência e da livre iniciativa que seriam atingidos com a regulação restritiva que fixasse distância mínima entre estabelecimentos comerciais.

Embora com fundamento em outros princípios que também regem a ordem econômica (livre concorrência e livre iniciativa), o STF, nesses precedentes, reafirma, em certo sentido, a jurisprudência que veda restrições ao exercício de atividade profissional

[207] Cf. Capítulo 3.

que assegure, ainda que indiretamente, regimes de reserva de mercado ou exclusividade em prejuízo da livre competição.

5.7 CASO DOS JORNALISTAS

Encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal[208] o conflito que tem por objeto a contestação da exigência de diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista.

A profissão de jornalista foi disciplinada pelo Decreto-lei nº 972/69 que demarcou o domínio de atuação desses profissionais, bem como estabeleceu as condições para o acesso à profissão:

> Art 1º O exercício da profissão de jornalista é livre, em todo o território nacional, aos que satisfizerem as condições estabelecidas neste Decreto-Lei.
> Art 2º A profissão de jornalista compreende, privativamente, o exercício habitual e remunerado de qualquer das seguintes atividades:
> a) redação, condensação, titulação, interpretação, correção ou coordenação de matéria a ser divulgada, contenha ou não comentário;
> b) comentário ou crônica, pelo rádio ou pela televisão;
> c) entrevista, inquérito ou reportagem, escrita ou falada;
> d) planejamento, organização, direção e eventual execução de serviços técnicos de jornalismo, como os de arquivo, ilustração ou distribuição gráfica de matéria a ser divulgada;
> e) planejamento, organização e administração técnica dos serviços de que trata a alínea " *a* ";
> f) ensino de técnicas de jornalismo;
> g) coleta de notícias ou informações e seu preparo para divulgação;
> h) revisão de originais de matéria jornalística, com vistas à correção redacional e a adequação da linguagem;
> i) organização e conservação de arquivo jornalístico, e pesquisa dos respectivos dados para a elaboração de notícias;
> j) execução da distribuição gráfica de texto, fotografia ou ilustração de caráter jornalístico, para fins de divulgação;
> l) execução de desenhos artísticos ou técnicos de caráter jornalístico.

[208] O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública (nº 2001.61.00.025946-3) perante a 16ª Vara Federal de São Paulo com objetivo de que fosse declarada a desnecessidade de registro e inscrição para o exercício da profissão de jornalista. Em primeiro grau de jurisdição, o pedido foi julgado procedente, reconhecendo que o Decreto-lei 972/69, que impõe a obrigatoriedade do diploma de jornalista, não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Em segundo grau, o TRF da 3ª Região reformou a sentença de primeiro grau, voltando a prevalecer o requisito do diploma para o acesso à profissão de jornalista. Contudo, o STF deferiu medida cautelar para atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto nessa ação civil pública, prevalecendo, atualmente, os efeitos da sentença de primeiro grau que tinha afastado a necessidade do diploma para o exercício da profissão de jornalista.
"EMENTA: Ação cautelar. 2. Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Decisão monocrática concessiva. *Referendum* da Turma. 3. Exigência de diploma de curso superior em Jornalismo para o exercício da profissão de jornalista. 4. Liberdade de Profissão e Liberdade de Informação. Arts. 5º, XIII, e 220, *caput* e § 1º, da Constituição Federal. 5. Configuração de plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni iuris)* e da urgência da pretensão cautelar (*periculum in mora*). 6. Cautelar, em questão de ordem, referendada." (QUEST. ORD. EM MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 1.406-9/SP – relator Ministro Gilmar Mendes – D.J. 19.12.2006).

> Art 4º O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação de:
> I - prova de nacionalidade brasileira;
> II - folha corrida;
> III - carteira profissional;
> IV - declaração de cumprimento de estágio em emprêsa jornalística;
> V - diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por êste credenciada, para as funções relacionadas de " *a* " a " *g* " no artigo 6º.
>
> § 1º O estágio de que trata o item IV será disciplinado em regulamento, devendo compreender período de trabalho não inferior a um ano precedido de registro no mesmo órgão a que se refere êste artigo.
>
> § 2º O aluno do último ano de curso de jornalismo poderá ser contratado como estagiário, na forma do parágrafo anterior em qualquer das funções enumeradas no artigo 6º.
>
> § 3º O regulamento disporá ainda sôbre o registro especial de:
>
> a) colaborador, assim entendido aquêle que exerça, habitual e remuneradamente atividade jornalística, sem relação de emprêgo;
>
> b) funcionário público titular de cargo cujas atribuições legais coincidam com as do artigo 2º;
>
> c) provisionados na forma do artigo 12.
>
> § 4º O registro de que tratam as alíneas " *a* " e " *b* " do parágrafo anterior não implica o reconhecimento de quaisquer direitos que decorram da condição de empregado, nem, no caso da alínea " *b* ", os resultantes do exercício privado e autônomo da profissão.

A impugnação que se faz à regulação profissão de jornalista centra-se na obrigatoriedade do diploma para o exercício da profissão. Sustenta-se que a profissão não necessita de qualificação especial para o exercício, servindo a credencial educacional apenas para garantir uma reserva de mercado em favor dos seus detentores, o que afronta o artigo 5º, inciso XIII da CF. Além disso, tal requisito constitui embaraço à liberdade de expressão e comunicação de informação por meio da imprensa tutelada, nos termos do artigo 5º, inciso IX e art. 220 da CF. Na sentença proferida nos autos da ação civil pública nº 2001.61.00.025946-3 – 16º Vara Federal de S. Paulo, a Juíza Federal Carla Rister acolheu, entre outras,[209] essa proposição, assinalando que:

> Tal se deve à propalada irrazoabilidade do requisito exigido para o exercício da profissão, tendo em vista que a profissão de jornalista não pode ser regulamentada sob o aspecto da capacidade técnica, eis que não pressupõe a

[209] Há um segundo argumento contra a exigência do diploma de jornalista que seria a revogação do Decreto-lei 972/69 pela Declaração Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) incorporada em 1992 ao ordenamento jurídico brasileiro, pois artigo 13, item 1 da convenção afirma: *"Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha*". De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos a exigência de diploma poderia representar um entrave à liberdade de expressão de pensamento pelos meios de comunicação, razão pela qual a profissão de jornalista deveria estar aberta a todos para efetividade dessa liberdade fundamental. O problema aqui é de outra natureza, ou seja, saber se a Convenção disciplinou a liberdade de informação de tal forma que impediu a regulamentação da profissão de jornalista, revogando, portanto, a legislação anterior com ela incompatível. Defendendo a incompatibilidade da filiação obrigatória à ordem profissional e da exigência de diploma com a Convenção Americana de Direitos Humanos, ver Lafer (2006).

> existência de qualificação profissional específica, indispensável à proteção da coletividade, diferentemente das profissões técnicas (a de Engenharia, por exemplo), em que o profissional que não tenha cumprido os requisitos do curso superior pode vir a colocar em risco a vida de pessoas, como também ocorre com os profissionais da área de saúde (por exemplo, de Medicina ou de Farmácia). O jornalista deve possuir formação cultural sólida e diversificada, o que não se adquire apenas com a freqüência a uma faculdade (muito embora seja forçoso reconhecer que aquele que o faz poderá vir a enriquecer tal formação cultural), mas sim pelo hábito da leitura e pelo próprio exercício da prática profissional. Em segundo lugar, porque o exercício dessa atividade, mesmo que exercida por inepto, não prejudicará diretamente direito de terceiros. Quem não conseguir escrever um bom artigo ou escrevê-lo de maneira ininteligível não conseguirá leitores, porém, isso a ninguém prejudica, a não ser o próprio autor. Assim, a regulamentação, pelo que depreendo, não visa ao interesse público, que consiste na garantia do direito à informação, a ser exercido sem qualquer restrição, através da livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, conforme previsto no inciso IX do artigo 5º e *caput* do art. 220, ambos da Constituição Federal.

O conceito de *qualificações profissionais* previsto atualmente no artigo 5º da CF não destoa do conceito de *condições de capacidade* contido nas Constituições de 1946 e de 1967. Esse conceito tem, conforme os precedentes jurisprudenciais do STF já examinados, correspondido à noção de pressupostos subjetivos relacionados à pessoa do candidato à profissão, entre os quais se inclui o requisito da habilitação técnica e acadêmica de nível superior. Historicamente, tem-se considerado legítima a restrição da liberdade de profissão com fundamento na exigência de credencial educacional específica.

Compete, pois, ao legislador decidir se a prática de determinada atividade profissional reclama ou não a formação acadêmica prévia e, portanto, diploma. Esse tipo de juízo insere-se no âmbito da discricionariedade que lhe é própria na conformação desse direito fundamental. Pode o legislador julgar relevante regulamentar uma profissão, exigindo diploma universitário, com o escopo de aumentar o nível cultural, intelectual e educacional dos profissionais que desempenham a atividade. Esse tipo de escolha é insuscetível de censura jurisdicional, pois a Constituição não proíbe a disciplina do acesso às profissões com fundamento em critério objetivo e impessoal como é a posse de determinado diploma. O que se proscreve é a adoção de critérios arbitrários ou subjetivos que permitam ao Estado ou à entidade corporativa o "fechamento" da atividade profissional, em favor dos que já a exercem, excluindo ou discriminando os novos pretendentes à profissão.

Quanto ao argumento de que somente é possível disciplinar as profissões exigindo capacitação técnica quando houver risco de danos a terceiros, sem culpa da vítima,[210] trata-

[210] O critério de que a exigência de capacidade técnica está subordinado à possibilidade de o exercício da atividade profissional causar danos à terceiros foi desenvolvido por Sampaio Doria (1960) e foi utilizado por

se de critério não albergado na Constituição, pois o artigo 5º, inciso XIII reza que o legislador está autorizado a limitar a liberdade de profissão estabelecendo *qualificações profissionais*, sem determinar que tais requisitos apenas podem ser prescritos quando o exercício da atividade puder causar danos a interesse alheios.

Observe-se que, entre as sugestões apresentadas pela Comissão Afonso Arinos à Assembléia Constituinte, havia uma proposta que incorporava a cláusula do dano a terceiros como fator de contenção do legislador, ao propugnar a seguinte ordenação para liberdade de profissão: "a) a lei não poderá impedir o livre exercício de profissões vinculadas à expressão direta do pensamento, das ciências e das artes; b) a lei só estabelecerá exclusividade para o exercício da profissão que envolva o risco de vida ou de privação da liberdade, ou que possa causar grave dano ao indivíduo ou à coletividade". Contudo, nenhuma dessas proposições mais restritivas ao poder de intervenção do Estado na liberdade profissional foi acolhida pelo Constituinte, que preferiu não cercear com tal intensidade a discricionariedade do legislador.

O raciocínio de que ao legislador é facultado apenas requerer capacidade de natureza técnica para o exercício de atividade que possa causar danos a terceiros constitui recurso a um *tópos*[211] de caráter meramente retórico, com a finalidade argumentativa e de convencimento para se procurar soluções para situações conflituosas. Contudo, tal recurso é passível de suscitar acirradas discussões e pouca conclusão, pois dificilmente se encontrará atividade profissional que não produza efeitos externos na esfera social que justifique a regulamentação com a finalidade de acautelá-los.

Grau (2001) ao censurar a exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista, asseverando que "[...] evidentemente, a profissão de jornalista *não* reclama *qualificações profissionais específicas*, indispensáveis à proteção da coletividade, de modo que ela não seja exposta a riscos; ou, em outros termos, o exercício da profissão de jornalista *não* se dá de modo a poder causar danos irreparáveis ou prejudicar direitos alheios, sem culpa das vítimas.

Dir-se-á, eventualmente, que a atuação do jornalista poderá, sim, prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa da vítima, quando, por exemplo, uma notícia não verídica, a respeito de determinada pessoa, vier a ser divulgada.

Sucede que esse não é um risco inerente à atividade, ou seja, risco que se possa evitar em função da exigência de que o jornalista freqüente regularmente um curso de formação profissional, no qual deva obter aprovação. Estamos, no caso, diante de uma patologia semelhante à que se manifesta quando um motorista atropela deliberadamente um seu desafeto ou quando, em uma página de romance, o cozinheiro introduza veneno no prato a ser servido a determinado comensal. Ainda que o regular exercício da profissão coloque em risco a coletividade, o exercício regular da profissão de cozinheiro, como da profissão de jornalista, não o faz.

De qualquer modo, nenhuma dessas patologias poderá ser evitada mediante qualificação profissional, que não tem o condão de conformar o caráter de cada um. De outro parte, a divulgação de notícia não verídica por engano, o que não é corrente, decorre de causas estranhas à qualificação profissional do jornalista; basta a atenção ordinária para que erros desse tipo sejam evitados."

[211] Cf., sobre o tema, Ferraz Jr. (1990, p. 298).

O trabalho do jornalismo não pode ser considerado tão básico e simples que dispense algum grau de preparação especializada em processamento e divulgação das informações, ou tão inócuo que não produza danos, se desempenhado por pessoa sem qualificações adequadas do ponto de vista intelectual e ético. É verdade que a preparação acadêmica não elimina completamente tal risco, mas pode contribuir para minimizá-lo, como ocorre em outras profissões em que a melhor formação intelectual aprimora a qualidade dos produtores e do resultado do trabalho. De qualquer sorte, o juízo da conveniência ou não da regulamentação é do legislador, conforme definido na Constituição.

Impugna-se também a exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista, alegando que afronta a liberdade de expressão e de comunicação de informação prevista no artigo 220 da Constituição Federal, que prescreve:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
> § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, XIII, XIV (grifo nosso).

Como se vê, a Constituição ressalvou no § 1º do artigo 220 não constituir embaraço à plena liberdade de informação a faculdade outorgada ao legislador de exigir *qualificações profissionais* para o exercício da profissão de jornalista ao aludir à competência prevista no artigo 5º, inciso XIII. Por outro lado, o Decreto-lei 972/69 não veda que pessoas leigas ou de outras áreas do conhecimento, isto é, sem o diploma de jornalismo, participem do processo de livre expressão e divulgação de informações pela imprensa, a ponto de poder se afirmar que a regulamentação da profissão de jornalista, com base no requisito do diploma de curso superior específico, excluiu dos meios de comunicação outras pessoas que não tenham o aludido diploma, tais como cientistas, intelectuais, outros profissionais liberais ou qualquer cidadão.

Com efeito, o Decreto-lei 972/69 prevê a figura do colaborador e do provisionado que não necessitam do diploma para atuar profissionalmente nos meios de comunicação. O colaborador, nos termos do Decreto nº 83.284/79,[212] é pessoa que, mediante remuneração e

[212] Art. 5º O Ministério do Trabalho concederá, desde que satisfeitas as exigências constantes deste decreto, registro especial ao:
I - colaborador, assim entendido aquele que, mediante remuneração e sem relação de emprego, produz trabalho de natureza técnica, científica ou cultural, relacionado com a sua especialização, para ser divulgado com o nome e qualificação do autor;
II - funcionário público titular de cargo cujas atribuições legais coincidam com as mencionadas no artigo 2º;
III - provisionado.

sem relação de emprego, produz trabalho de natureza técnica, cientifica ou cultural, relacionado com a sua especialização, para ser divulgado com o nome e qualificação do autor. Por sua vez, o provisionado é a pessoa, sem diploma, que pode ser contratada para exercer a profissão de jornalista nos municípios onde não exista curso de jornalismo ou não haja jornalista domiciliado.

Em suma, a Constituição explicitamente salvaguardou a possibilidade de regulação profissional quando tratou especificamente a liberdade de informação jornalística, conforme ressalva incluída no § 1º do artigo 220, bem como o critério contido no Decreto-Lei 972/69 – qualificação acadêmica – constitui pressuposto subjetivo legítimo de restrição da liberdade profissional por ser impessoal e de livre acesso a todos.

Ressalte-se, ainda, que a legislação não criou um regime de exclusividade que banisse os não-jornalistas dos meios de comunicação e do processo de divulgação de informações, pois não reclama o diploma para a função de colaborador e para os provisionados, no qual tanto os especialistas de outras áreas do conhecimento, como os leigos, podem se enquadrar para exercício de atividades profissionais nos meios de comunicação.

Parágrafo único. O registro de que tratam os itens I e II deste artigo não implica o reconhecimento de quaisquer direitos que decorram da condição de empregado, nem, no caso do item II, os resultantes do exercício privado e autônomo da profissão.

Art. 6º Para o registro especial de colaborador é necessário a apresentação de:

I - prova de nacionalidade brasileira;

II - prova de que não está denunciado ou condenado pela prática de ilícito penal;

III - declaração de empresa jornalística, ou que a ela seja equiparada, informando do seu interesse pelo registro de colaborador do candidato, onde conste a sua especialização, remuneração contratada e pseudônimo, se houver.

Art. 8º Para o registro especial de provisionado é necessário a apresentação de:

I - prova de nacionalidade brasileira;

II - prova de que não está denunciado ou condenado pela prática de ilícito penal;

III - declaração, fornecida pela empresa jornalística ou que a ela seja equiparada, da qual conste a função a ser exercida e o salário correspondente;

IV - diploma de curso de nível superior ou certificado de ensino de 2º grau fornecido por estabelecimento de ensino reconhecido na forma da lei, para as funções relacionadas nos itens I a VII do artigo 11.

V - declaração, fornecida pela entidade sindical representativa da categoria profissional, com base territorial abrangendo o município no qual o provisionado irá desempenhar suas funções, de que não há jornalista associado do Sindicato, domiciliado naquela município, disponível para contratação;

VI - Carteira de Trabalho e Previdência Social.

6 REGULAÇÃO PROFISSIONAL E DIREITO CONCORRENCIAL

6.1 PROFISSÃO *VERSUS* EMPRESA

Como anteriormente ressaltado, as profissões são ocupações que alçaram um status social e jurídico diferenciado. E, como não deixam de ser ocupações, em sentido lato, mantêm sua natureza de "trabalho especializado inserido no mercado de trocas".[213] Uma análise de mercado, portanto, deve ter sempre em mente que o profissional é, antes de tudo, um prestador de serviços.

Ora, como um ator relevante no mercado de serviços, os profissionais têm a possibilidade de, por meio de seu comportamento concertado, afetar a concorrência, enquadrando-se, portanto, no conceito de empresa para o direito concorrencial[214] – enquanto as associações e conselhos profissionais, ao congregar e concertar as atividades desses diversos atores do mercado, caracterizam-se como "associações de empresas"[215] (CUNHA, 2004, p. 3-12). Nesse mesmo sentido, no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem ressaltado que "já é pacífico nesta Corte o entendimento de que as associações e conselhos profissionais estarão sujeitos à jurisdição administrativa do Cade, quando atuarem de forma a prejudicar a livre concorrência".[216]

6.2 RAZÕES DA REGULAÇÃO DO MERCADO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS

Contudo, o que distingue os serviços profissionais dos demais serviços oferecidos no mercado é que o processo de profissionalização[217], ao organizar as profissões como

---

[213] Cf. Capítulo 1

[214] Esta definição corresponde aos termos do artigo 81 do Tratado de Roma que institui a Comunidade Européia: "São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em: (a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; (b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; (c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; (d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; (e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos." A tutela das profissões no direito concorrencial europeu será melhor analisada a seguir, na seção sobre direito comparado.

[215] As "decisões de associações de empresas", ao lado das "práticas concertadas" ou "práticas orquestradas", são formas de acordo entre agentes econômicos, incluídas no sentido amplo da palavra "ato", utilizada na hipótese do art. 20 da Lei 8.894/94 (FORGIONI, 1998)

[216] Processo Administrativo nº 08012.004054/2003-78 do Cade.

[217] Cf. Capítulo 1

corpos de conhecimentos técnicos ou científicos acessíveis apenas aos iniciados, ou seja, àqueles que freqüentaram os cursos universitários, torna esses conhecimentos inacessíveis aos leigos.

A relação profissional, portanto, é estruturada em bases evidentemente desiguais, pois o cliente (consumidor) não tem condições técnicas de avaliar a necessidade do serviço profissional, sua qualidade ou a existência de serviços alternativos. Trata-se do que Marcos (2002) chama de "bens de confiança":

> Además, los servicios profesionales (paradigmáticamente – mas, no solo – los servicios médicos y de abogacía) deben ser caracterizados como "bienes de confiança" ("credence goods"). Normalmente, el cliente ocasional no puede evaluar la calidad del proveedor del servicio ni com carácter prévio ni uma vez se há desarollado la prestación por parte del profesional. (2002, p. 25)

Essa inerente assimetria de informação é a primeira e mais evidente entre as falhas de mercado dos serviços profissionais. A segunda se refere aos efeitos da prestação profissional sobre terceiros (externalidades)[218] ou sobre o interesse público, uma vez que lidam com bens de interesse da coletividade (a saúde, a justiça, etc.). Sobre a questão das externalidades, cabe lembrar que ela é "um dos grandes calcanhares de Aquiles do sistema de autonomia ou de mercado" (NUSDEO, 1997, p. 176).

A correção da assimetria informativa e a prevenção de externalidades negativas são as razões econômicas primárias que justificam a intervenção do Estado na regulação do mercado de serviços profissionais[219]. As propriedades especiais derivadas da caracterização dos serviços profissionais como bens de confiança e as externalidades por eles produzidas requerem uma regulação especial para evitar a fraude e o engano (MARCOS, 2002, p. 25).

Contudo, além da correção dessas falhas de mercado, a intervenção do Estado também se justifica pela produção de externalidades positivas, ou pela

> produção de resultados melhores ou mais desejáveis do que o que seria de se esperar do desempenho normal do sistema, ainda quando corrigidas as suas inoperacionalidades. Assim, a presença do poder público na economia deixa de ter apenas por justificação as falhas de mercado. Uma segunda e extremamente poderosa motivação acoplou-se à primeira. Decorre de preferências políticas quanto ao desempenho tout-cout do sistema, levando o Estado não apenas a complementá-lo mas a direcioná-lo deliberadamente para fins específicos (NUSDEO, 1997, p. 192).

[218] Externalidades negativas são a transferência de custos a terceiros, externalidades positivas são a transferência de benefícios a terceiros ou a geração de benefícios sociais (NUSDEO, 1997, p. 176-186)

[219] V. o relatório da Autoridade da Concorrência portuguesa sobre os "Fundamentos da regulação das profissões liberais", constante na Recomendação nº 01/2007.

Essa regulação especial, que pode se consubstanciar em regulação direta estatal ou auto-regulação profissional, estabelece restrições ao acesso e ao exercício das profissões,[220] as quais, muitas vezes, extrapolam o necessário para a normalização do mercado de serviços profissionais, dando as bases para um verdadeiro fechamento do mercado conforme os interesses da classe profissional, impedindo a concorrência e firmando as bases de um verdadeiro monopólio.

Examimou-se, no item 4.7.4, as restrições ao acesso e ao exercício das profissões, específicas do caso brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988. Neste capítulo, esboçaremos uma classificação geral dos tipos de restrições, antes de se passar à analise da resposta do direito concorrencial em diversos ordenamentos jurídicos, com a finalidade de combater tais restrições.

A primordial dicotomia entre os tipos de restrição, já explorada no capítulo 4, é aquela entre as restrições ao livre acesso às profissões e ao seu livre exercício. Dentre as restrições ao acesso, são possíveis a exigência de credenciais acadêmicas, de estágios profissionais, obrigação de inscrição no cadastro de profissionais e a exigência de prestações pecuniárias (CUNHA, 2004, p.13-17). Já entre as restrições ao exercício, encontramos as restrições geográficas, publicitárias, estruturais e de honorários (MARCOS, 2002, p. 27-28).

As restrições geográficas consistem na divisão territorial dos mercados, segundo as áreas de jurisdição dos conselhos profissionais, bem como na obrigação de residência do profissional na área em que presta serviços.

As restrições publicitárias são especialmente graves em um mercado cuja assimetria de informação é acentuada, por manterem os consumidores sem condições de avaliar a necessidade dos serviços e de comparar aqueles oferecidos por profissionais concorrentes. De fato, conforme ressalta Salomão Filho (2003, p. 85):

> O primeiro grupo dos ilícitos [contra a concorrência] é o que se relaciona à regulamentação da publicidade. Essas regras são de extrema importância para o sistema concorrencial. Com efeito, a publicidade é o meio mais fácil e economicamente mais "barato" de transmissão de informações e de comparação de produtos para os consumidores. É muito mais simples para o consumidor comparar preços e tipos de produto lendo um jornal de domingo do que deslocando-se até os diferentes vendedores para poder efetivamente compará-los.

Classificam-se como estruturais as restrições tendentes a limitar a forma das empresas, o tamanho dos negócios e as formas de sociedade entre os membros da profissão, o que impede o surgimento de uma economia de escala.

[220] V. Capítulo 4, item 4.7.4.

Em tese, todas essas restrições são potencialmente lesivas à concorrência, e somente se justificam caso necessárias à persecução de dois objetivos (CUNHA, 2004, p. 24): preservar padrões de qualidade (defesa dos consumidores) ou garantir respeito a regras deontológicas (dignidade da profissão).

Contudo, as normas éticas, muitas vezes, não refletem apenas o ideal do valor profissional, sendo também utilizadas como meio de consolidação do monopólio profissional:

> [...] ethics are most interesting, however, because of their role as organizational tools of the profession as a social group, particularly with their role as compenents of professional monopolization [...] Ethics are sociologically important as a contribution to the organization of the profession, and not merely as ends in themselves (BERLANT, 1945, p. 64).

As regras deontológicas possuem a conveniência de justificar decisões políticas simplesmente rotulando-as de "éticas", atrelando-as ao valor-chave da profissão e à sua boa imagem. Assim, a definição de normas éticas acaba por ser o principal instrumento de auto-regulação profissional, bem como o mais perigoso para a concorrência.

6.3 PROFISSÕES E DIREITO CONCORRENCIAL: MULTIPLICIDADE DE JURISDIÇÕES

A regulação da concorrência no mercado de serviços profissionais está sujeita a uma "multiplicidade de jurisdições" (ALBERT, 2002, p. 51), pois há diversas esferas de poder envolvidas e diferentes interesses em jogo pela regulação ou liberalização desses mercados. Primeiramente, há os órgãos de auto-regulação profissional (ordens, conselhos, associações profissionais), que, com suas normas éticas, podem interferir na concorrência.

Em seguida, os órgãos administrativos de controle da concorrência, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), no Brasil, o Tribunal de Defesa da Concorrência, na Espanha, a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, na Itália ou a Autoridade da Concorrência, em Portugal.

Além desses, temos ainda os tribunais judiciários ordinários, aos quais essas questões são muitas vezes encaminhadas e os tribunais constitucionais ou cortes supremas, em virtude do reconhecimento constitucional dos direitos de liberdade de profissão e empresa.

Na Europa, há ainda os órgãos supranacionais, como o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, encarregado de supervisionar a conformidade das ações estatais com as normas comunitárias, especialmente no que se refere à livre circulação de

profissionais e a Comissão Européia, competente para a aplicação do direito comunitário da concorrência.

Por fim, a Organização Mundial do Comércio (OMC) busca constantemente, no âmbito do *General Agreement on Trade of Services* (Gats), a liberalização do comércio mundial de serviços. Na classificação W/120 dos serviços negociáveis sob o Gats, o primeiro setor é intitulado "serviços profissionais" (p*rofessional services*), o qual conta com os seguintes subsetores: (a) serviços jurídicos (*legal services*), (b) serviços de contabilidade e auditoria (*accounting, auditing and bookeeping services*), (c) serviços tributários (*taxation services*), (d) serviços de arquitetura (*architectural services*), (e) serviços de engenharia (*engineering services*), (f) serviços integrados de engenharia (*integrated engineering services*), (g) serviços de planejamento urbano (*urban planning and landscape architectural services*), (h) serviços médicos e odontológicos (*medical and dental services*), (i) serviços veterinários (*veterinary services*), (j) serviços prestados por parteiras, enfermeiros, fisioterapeutas e paramédicos (*services provided by midwives, nurses, physiotherapists and para-medical personnel*) e (k) outros serviços profissionais (*other professional services*).

A liberalização dos mercados de serviços é interesse premente dos países desenvolvidos (que contam com maior competitividade nesses setores), contudo, os países em desenvolvimento condicionam tal abertura à liberalização dos mercados agrícolas, por exemplo.

6.4 PROFISSÕES E CONCORRÊNCIA NO DIREITO COMPARADO

6.4.1 Estados Unidos da América

6.4.1.1 Sujeição das Profissões ao Sherman Act

O primeiro país em que o aspecto concorrencial das profissões foi posto em questão foram os Estados Unidos da América (ALBERT, 2002, p. 71), onde, em 1890, em razão das crescentes ondas de concentração do mercado representada pelas empresas ferroviárias, surgiu o *Sherman Antitrust Act*, que previa:

> Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony.

Apesar da redação genérica daquela lei (*every person*), em 1931, no caso *Federal Trade Commission v. Raladam Co.*, 283 U.S. 643 (1931), a Suprema Corte excluiu as profissões do âmbito do Sherman Act, em virtude da *learned profession exemption*, que distinguia as profissões do comércio.

Deixou, assim, de condenar a empresa *Raladam Co.* por concorrência desleal pelo fato de oferecer ao público um medicamento para obesidade cuja propaganda afirmava ser uma cura eficaz e cientificamente provada.

A Corte apontou três pressupostos para a atuação da *Federal Trade Commission* na regulação da concorrência desleal: (1) que fossem utilizados "métodos injustos" (*unfair methods*), (2) que fossem métodos comerciais e (3) que houvesse interessem público. Embora reconhecessem a existência do primeiro e do último pressupostos neste caso, os juízes negaram a ocorrência do segundo.

Os médicos seguem uma profissão, não fazem comércio (*They follow a profession and not a trade*), concluiu a Corte, e por isso, não se submetem às normas concorrenciais.

Foi apenas em 1943, no caso *American Medical Association v. United States*, 317 U.S. 519 (1943) que a Suprema Corte mudou seu entendimento. No caso, duas associações médicas eram acusadas de boicotar a *Group Health* – uma organização sem fins lucrativos que prestava serviços médicos –, impedindo que seus filiados prestassem serviços a essa organização.

As rés tentaram se defender alegando que seu desentendimento se devia aos termos e condições de trabalho, e, por isso, desencorajava seus associados a trabalhar para a *Group Health*. A Corte rechaça esse argumento, afirmando que as rés não são associações trabalhistas e não buscavam defender os direitos de seus associados, mas tinham o claro objetivo de impedir as atividades daquela organização.

Decidiu-se que o direito da concorrência era aplicável às associações profissionais, e, embora não tenha ainda expressamente equiparado as profissões ao comércio, reconheceu que certos atos das associações profissionais podiam repercutir no mercado, e que o *Sherman Act* impedia que qualquer pessoa impusesse restrições à concorrência.

Finalmente, houve o paradigmático caso *Goldbarf v. Virgina State Bar*, 421 U.S. 773 (1975), no qual os autores, marido e mulher, pretendiam comprar um imóvel. Para isso, necessitavam de um seguro, o qual somente poderia ser feito com o aval de um advogado. Todos os advogados consultados pelo casal, contudo, cobravam os mesmos honorários para esse serviço, alegando ser o preço mínimo tabelado pela *Virgina State Bar*.

A Suprema Corte apreciou a questão da fixação de honorários advocatícios mínimos e considerou que a prestação de um serviço em troca de dinheiro é uma atividade comercial, e, portanto, sujeita ao Sherman Act, deixando de lado a aplicação da *learned profession exemption*.

Esse mesmo entendimento é reafirmado em *National Society of Professional Engineers v. United States*, 453 U.S. 679 (1978), que reconheceu, em face do *Sherman Act*, a ilegalidade de uma norma do código de ética dos engenheiros, a qual impedia sua participação em concorrências nas quais o preço fosse um dos critérios de seleção.

Na mesma linha, em *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, condenou-se o estabelecimento de honorários máximos.

A grave questão da publicidade foi apreciada pela Suprema Corte no caso *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977). Advogados do estado do Arizona eram acusados de violar a regra disciplinar que proibia a propaganda. O anúncio, publicado pelos réus em um jornal, anunciava o preço de alguns serviços simples. A Corte considerou que isso não violava o *Sherman Act*, pois os anúncios não eram enganadores, e, pelo contrário, favoreciam a concorrência. Invocou, ainda, a Primeira Emenda à Constituição Americana, que garante o livre direito de expressão como fundamento para a livre publicidade e afirmou que os advogados não estão "acima do comércio" e que podem recorrer à propaganda: *The belief that lawyers are somehow above "trade" is an anachronism, and for a lawyer to advertise his fees will not undermine true "professionalism"*.

Em caso mais recente, *California Dental Association v. Federal Trade Commission,* 526 U.S. 756 (1999), uma associação profissional privada foi acusada de violar o Sherman Act porque, em seu código de ética, proibia alguns tipos de propaganda (como a divulgação de preços e da qualidade dos serviços). Reconheceu-se a sujeição da Califórnia Dental Association às regras da Federal Trade Commission, e se determinou sua adequação à legislação antitruste.

6.4.1.2 A State Action Exemption

Embora a jurisprudência americana tenha evoluído nesse sentido, há, por outro lado, o desenvolvimento do conceito da *state action exemption,* ou seja, da não-aplicação do direito concorrencial às ações estatais[221].

Esse conceito surgiu no caso *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943), que envolvia a interferência do Estado da California no comércio de uvas passas. Um programa estadual havia determinado que os produtores somente poderiam dispor livremente de uma pequena parcela da safra, e que a maior parte seria vendida por meio de um comitê estadual, sob preços regulados. Um produtor, julgando-se prejudicado, leva a questão à Suprema Corte, que afirma a legalidade do racionamento. Um dos argumentos mais interessantes utilizados na decisão é o de que, se o programa fosse adotado por particulares, certamente violaria o Sherman Act, contudo, como foi feito pela autoridade estadual soberana, ele é válido.

> We may assume that the California prorate program would violate the Sherman Act if it were organized and made effective solely by virtue of a contract, combination or conspiracy of private persons, individual or corporate. [...] The state in adporting and inforcing the prorate program made no contract or agreement and entered in conspiracy in restraint of trade or to estabilish monopoly but, as sovereign, imposed the restraint of trade as an act of government which the Sherman Act did not undertake to prohibit.

Esse caso foi invocado como precedente em *Hoover v. Ronwin*, 466 U.S. 358 (1984), que também tratava da atuação estatal que limitava a concorrência. Desta vez, o estado do Arizona regulou o ingresso dos advogados na *bar* (entidade profissional) instituindo um "*numerus clausus*". Um advogado reprovado nos exames de admissão insurge-se contra esse requisito, alegando que é uma limitação à concorrência que reduz artificialmente o número de advogados em atuação no estado. Contudo, a Suprema Corte reafirma a *state action exemption*.

O mesmo princípio é invocado pela Corte de Apelação do Sétimo Circuito, em *Lawline v. American Bar Association*, 956 F.2d 1378 (7th Cir. 1992), caso em que a American Bar Association (ABA), entidade privada, recomendou às cortes estaduais a adoção de uma regra sobre o "exercício irregular da advocacia", prejudicando sociedades formados por adovados e profissionais auxiliares (*plaintiffs*). Novamente, a Corte deixou de condenar a autoridade estatal, por causa da *state action exemption*, e também não condenou a ABA, uma vez que essa não impôs a regra, mas apenas a sugeriu às autoridades competentes.

6.4.1.3 Conclusões

A jurisprudência americana, sem dúvida, evoluiu, no decorrer do século passado, no sentido de submeter os profissionais e suas associações às normas gerais do direito antitruste. Superados os obstáculos iniciais, como a *learned profession exemption* e a visão estereotípica de profissionais alheios ao comércio, a Suprema Corte, hoje, não mais hesita

em considerá-los agentes de mercado, capazes de afetar a concorrência, e, por isso, sujeitos às normas de defesa da mesma.

Porém, mantém-se o princípio da *state action exemption*, o qual afirma que as ações soberanas das autoridades estatais estão imunes à legislação antitruste. Esse princípio também é compartilhado pelo sistema brasileiro de *civil law*, por meio da regra *lex specialis derogat generalis*: uma norma especial para certa classe profissional, a qual estabeleça, por exemplo, a possibilidade de fixação de honorários mínimos para certos serviços profissionais, pode tirar essa classe específica do âmbito de incidência das normas gerais do direito concorrencial.

Contudo, conforme observa Vasquez Albert, a *state action exemption* teve um impacto muito menor sobre a livre concorrência profissional do que sobre outras atividades econômicas (2002, p. 75).

6.4.2 Comunidade Européia

6.4.2.1 O Tratamento Comunitário dos Profissionais

A questão da concorrência é fundamental para a pretensão européia de unificar plenamente seus mercados. O *Tratado que Insitui a Comunidade Européia* dedica todo um capítulo às regras comuns relativas à concorrência (capítulo 1 do título VI, artigos 81 a 89), as quais vedam qualquer tipo de acordo entre empresas, decisões de associações de empresas ou outras práticas concertadas suscetíveis de afetar o mercado comum.

Esse mesmo tratado reconhece expressamente a natureza comercial das atividades profissionais, conforme o seu artigo 50º (grifo nosso):

> Para os efeitos do disposto no presente Tratado, consideram-se "serviços" as prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas.
> Os serviços compreendem designadamente:
> Actividades de natureza industrial;
> Actividades de natureza comercial;
> Actividades artesanais;
> Actividades das profissões liberais.

Em virtude disso, os profissionais gozam de liberdade de circulação (art. 31, "c"), e, como complemento, de liberdade de estabelecimento e prestação de serviços em qualquer um dos Estados-membros (arts. 49-55) (ALBERT, 2002, p. 59).

Contudo, a liberdade de circulação e estabelecimento dos profissionais ficou comprometida por causa dos inúmeros requisitos de acesso às profissões, que acabavam

por dificultar a entrada de nacionais de outras países da comunidade nos mercados internos de cada Estado-membro. Em virtude disso, adotou-se, a partir da década de 1960, uma série de diretrizes de reconhecimento mútuo de títulos profissionais e facilitação do exercício das profissões no mercado comunitário[222].

Ainda assim, essas medidas não parecem ter sido suficientes para a plena efetivação de um mercado comum de serviços profissionais, motivo pelo qual um segundo fator - o controle da concorrência – torna-se fundamental para a realização do mercado comum (ALBERT, 2002, p. 64).

6.4.2.2 Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias

A jurisprudência européia[223], seguindo os preceitos do Tratado, tem sido bastante rígida na regulação concorrencial dos profissionais. Entretanto, essa questão só começou a ser enfatizada a partir da década de 1990.

No caso C-180/89 (*Comissão da Comunidades Européias v. República Italiana*), decidido em 26 de fevereiro de 1991, o Tribunal de Justiça considerou que a Itália descumpriu suas obrigações ao não permitir a prestação de serviços de guias turísticos originários de outro Estado-membro, acompanhando grupos de turistas daquele Estado. O argumento da Itália era de que esse serviço específico, para atender o interesse público, necessitava de formação especial e, consequentemente, de autorização das autoridades italianas. Contudo, o Tribunal decidiu que apenas certos sítios, como museus e monumentos históricos, necessitavam dessa autorização especial, prevalecendo, nos demais lugares, a livre prestação de serviços por guias originários de outros países europeus.

A questão da fixação de honorários foi apreciada em 1998, no caso C-35/96 (novamente, *Comissão Européia v. Itália*), que envolvia os despachantes aduaneiros italianos. O Tribunal não titubeou em reafirmar que as profissões intelectuais enquadram-

[222] E.g., as Diretrizes 77/249/CEE, que busca facilitar a livre prestação de serviços advocatícios; 67/43/CEE, no âmbito dos negócios imobiliários; 78/1026/CEE e 81/1057/CEE, sobre reconhecimento mútuo de títulos de veterinários; 85/384/CEE e 85/614/CEE, fazendo o mesmo no setor de arquitetura; 85/433/CEE e 85/584/CEE, no campo da farmácia; 75/362/CEE, 81/1057/CEE e 82/76/CEE, na medicina e 78/686/CEE, 78/687/CEE, 81/1057/CEE, 89/594/CEE e 90/658/CEE, quanto à odontologia (ALBERT, 2002).

[223] As decisões do Tribunal de Justiça relativas aos serviços profissionais e à concorrência estão disponíveis em <<http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/cases/case_law.html>>, sítio consultado no dia 24 de abril de 2008.

se no conceito de empresa, e que as associações profissionais agem como "associações de empresas", ao orquestrar comportamentos econômicos e prejudicar a concorrência.

> 7 A actividade de despachante alfandegário cabe no conceito de empresa para efeitos de aplicação das regras comunitárias da concorrência, dado que, no contexto do direito da concorrência, este conceito abrange, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de funcionamento, qualquer entidade que exerça uma actividade económica, designadamente a consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado.
>
> O facto de a actividade do despachante alfandegário ser uma actividade intelectual, necessitar de uma licença e poder ser prosseguida sem a conjunção de elementos materiais, incorpóreos e humanos não é susceptível de a excluir do âmbito de aplicação dos artigos 85 e 86 do Tratado CE, uma vez que se trata de uma actividade económica. Com efeito, o despachante alfandegário presta, contra remuneração, serviços consistentes no cumprimento de formalidades aduaneiras, essencialmente formalidades relacionadas com a importação, a exportação e o trânsito de mercadorias, bem como outros serviços complementares, como serviços nos domínios monetário, comercial e fiscal, assume os riscos financeiros inerentes ao exercício dessa actividade e, em caso de desequilíbrio entre as despesas e as receitas, tem que suportar ele próprio os défices.
>
> 8 Ao fixar uma tabela obrigatória para todos os despachantes alfandegários, a organização profissional que reúne os representantes da profissão comporta-se como uma associação de empresas, na acepção do artigo 85, nº 1, do Tratado, visto que, nos termos do direito nacional, esses representantes não podem ser qualificados como peritos independentes e que não estão legalmente obrigados a fixar as tabelas tomando em consideração não apenas os interesses das empresas ou das associações de empresas do sector que os designou, mas igualmente o interesse geral e os interesses das empresas dos outros sectores ou dos utentes dos serviços em causa. [...]
>
> 9 As decisões através das quais uma organização profissional fixa uma tabela uniforme e obrigatória para todos os despachantes alfandegários restringem a concorrência na acepção do artigo 85 do Tratado, dado que a tabela fixa directamente o preço dos serviços dos agentes económicos, prevê, para cada um dos diferentes tipos de operações, os preços máximos e mínimos que podem ser pedidos aos clientes, fixa diferentes escalões em função do valor ou do peso da mercadoria a desalfandegar ou do tipo específico de mercadoria, ou mesmo do tipo de prestação profissional, e que é imperativa, de modo que um operador económico não pode por sua própria iniciativa afastar-se.
>
> Estas decisões são susceptíveis de afectar o comércio intracomunitário, visto que a tabela, que se aplica em todo o território de um Estado-Membro, tem, pela sua própria natureza, por efeito consolidar compartimentações de carácter nacional, entravando assim a interpenetração económica pretendida pelo Tratado. Esta incidência é tanto mais significativa quanto diversos tipos de operações de importação ou de exportação de mercadorias no interior da Comunidade, bem como operações efectuadas entre operadores comunitários, exigem o cumprimento de formalidades aduaneiras e podem, por conseguinte, tornar necessária a intervenção de um despachante alfandegário independente inscrito no registo.
>
> 10 Se é verdade que o artigo 85 do Tratado, considerado isoladamente, diz apenas respeito ao comportamento das empresas e não a medidas legislativas ou regulamentares dos Estados-Membros, não é menos certo que este artigo, conjugado com o artigo 5º do Tratado, impõe aos Estados-Membros que não tomem ou mantenham em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas. É designadamente isto que se passa quando um Estado-Membro impõe ou facilita a celebração de acordos contrários ao artigo 85, ou reforça os efeitos ou retira à sua própria legislação o seu carácter estatal,

> delegando em operadores privados a responsabilidade da tomada de decisões de intervenção em matéria económica.
> Um Estado-Membro não cumpre as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 5º e 85 do Tratado, ao adoptar e manter em vigor uma lei que impõe a uma organização profissional, através da atribuição do correspondente poder de decisão, a adopção de uma decisão de associação de empresas contrária ao artigo 85 do Tratado CE, consistente na fixação de uma tabela obrigatória para todos os despachantes alfandegários.

O fato de que essa associação profissional tinha natureza de direito público não foi óbice para a censura do Tribunal:

> Neste contexto, o facto de essa organização profissional ter um estatuto de direito público não obsta à aplicação do artigo 85._ do Tratado, que, segundo os seus próprios termos, se aplica a acordos entre empresas e a decisões de associações de empresas. O quadro jurídico em que esses acordos são celebrados e em que são tomadas essas decisões, assim como a qualificação jurídica dada a esse quadro pelas diferentes ordens jurídicas nacionais, não relevam para efeitos da aplicabilidade das regras comunitárias da concorrência, e designadamente do artigo 85 do Tratado.

Essa decisão foi reafirmada no caso Pavlov (*Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali v. Comissão das Comunidades Europeias*), T513/93, em 30 de março de 2000.

O problema da restrição da publicidade por normas éticas profissionais foi abordado em 2001, pelo caso T-144/99 (*Instituto dos mandatários reconhecidos junto do Instituto Europeu de Patentes v. Comissão das Comunidades Europeias*), que, ao mesmo tempo em que reconhece a possibilidade de restrições para o bom exercício da profissão, veda, em regra geral, a proibição absoluta da propaganda:

> Não se pode admitir que regras que organizam o exercício de uma profissão, pelo simples facto de serem classificadas como "deontológicas" pelos organismos competentes, fiquem, por princípio, fora do âmbito de aplicação do artigo 81.° , n.° 1, CE.
> Só a análise caso a caso permite apreciar a validade dessa regra à luz desta disposição do Tratado, tendo designadamente em atenção o seu impacto sobre a liberdade de acção dos membros da profissão e sobre a organização desta, bem como sobre os beneficiários dos serviços em causa.
> A este respeito, o artigo 2.° , alínea b), terceiro parágrafo, do código de conduta profissional dos membros do Instituto dos Mandatários Reconhecidos pelo Instituto Europeu de Patentes, que proíbe na publicidade a "menção do nome de uma outra entidade profissional a menos que exista um acordo de colaboração escrito entre o membro e esta entidade" e que tende, portanto, a evitar que um mandatário invoque indevidamente relações profissionais, não constitui uma restrição da concorrência e não é, portanto, incompatível com o artigo 81.° CE, por proibir a publicidade comparativa.
> Em contrapartida, a proibição pura e simples de publicidade comparativa, prevista no artigo 2.° , alínea b), primeiro parágrafo, deste código de conduta, limita as possibilidades de os mandatários mais eficazes desenvolverem os seus serviços. Tal tem como efeito, nomeadamente, uma cristalização da clientela de cada mandatário reconhecido no interior do mercado nacional.
> Sem uma demonstração comprovativa de que a proibição absoluta de publicidade comparativa é objectivamente necessária para preservar a dignidade e a deontologia da profissão em causa, não pode ser posta em causa a legalidade

> de uma decisão da Comissão que conclui que tal proibição está sujeita ao disposto no artigo 85.° , n.° 1, do Tratado.

O célebre caso *Arduino*, de 19 de fevereiro de 2002 (Pedido de decisão prejudicial do Pretore di Pinerolo – Itália – no processo-crime contra Manuele Arduino), o Tribunal de Justiça enfrentou, novamente, a questão da fixação de honorários profissionais, desta vez, dos advogados italianos. Contudo, diferentemente do caso dos despachantes aduaneiros, considerou que a fixação de uma tabela de honorários mínimos e máximos para os advogados na Itália era legítima, pois não era feita pela associação profissional (era apenas proposta pro ela), mas sim pelo Ministro da Justiça, tendo força de lei, conforme o direito italiano:

> Cabe assim responder às questões prejudiciais que os artigos 5° e 85 do Tratado não se opõem a que um Estado-Membro adopte uma medida legislativa ou regulamentar que aprove, com base num projecto elaborado por uma ordem profissional de advogados, uma tabela que estabeleça honorários mínimos e máximos dos membros da profissão, quando tal medida estatal intervenha no âmbito de um procedimento como o previsto na legislação italiana.

Esse tratamento diferenciado para os advogados é curioso, apesar de bem justificado pelo Tribunal.

Os advogados foram novamente tratados de maneira diferenciada no caso Wouters, C-309/99 (*J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV versus Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*), julgado no mesmo dia que o anterior Arduino. Desta vez, a Ordem dos Advogados dos Países-Baixos era acusada de proibir, mediante normas deontológicas, a colaboração entre advogados e revisores de contas. Porém, o Tribunal pondera que, neste caso, a restrição era necessária para a boa prestação do serviço:

> 1) Um regulamento relativo à colaboração entre advogados e outras profissões liberais, como o Samenwerkingsverordening 1993 (regulamento de 1993 sobre a colaboração), adoptado por um organismo como a Nederlandse Orde van Advocaten (Ordem dos Advogados neerlandesa), deve ser considerado uma decisão tomada por uma associação de empresas, na acepção do artigo 85.° , n.° 1, do Tratado CE (actual artigo 81.° , n.° 1, CE).
> 2) Uma regulamentação nacional como o Samenwerkingsverordening 1993, adoptada por um organismo como a Nederlandse Orde van Advocaten, não viola o artigo 85.° , n.° 1, do Tratado, dado que foi razoavelmente que esse organismo pôde considerar que a referida regulamentação, apesar dos efeitos restritivos da concorrência que lhe são inerentes, é necessária para o bom exercício da profissão de advogado, tal como se encontra organizada no Estado-Membro em causa.
> 3) Um organismo como a Nederlandse Orde van Advocaten não constitui uma empresa nem uma associação de empresas na acepção do artigo 86.° do Tratado CE (actual artigo 82.° CE).
> 4) Os artigos 52.° e 59.° do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 43.° CE e 49.° CE) não se opõem a uma regulamentação nacional como o Samenwerkingsverordening 1993, que proíbe toda a colaboração integrada entre os advogados e os revisores de contas, dado que foi razoavelmente que se pôde

> considerar que este era necessário para o bom exercício da profissão de advogado, tal como se encontra organizada no país em causa.

Interessante observar que o Tribunal retirou as ordens de advogados da regra geral que considera as associações profissionais "associações de empresas", devido a peculiaridades do mercado de serviços jurídicos (grifos nossos):

> 4. Não desenvolvendo uma actividade económica, a Ordem dos Advogados de um Estado-Membro não é uma empresa na acepção do artigo 86.° do Tratado (actual artigo 82.° CE). Também não pode ser qualificada de associação de empresas na acepção da referida disposição, na medida em que os advogados inscritos num Estado-Membro não estão suficientemente vinculados entre si para adoptar, no mercado, uma mesma linha de acção que conduza a suprimir as relações concorrenciais entre si. A profissão de advogado é pouco concentrada, muito heterogénea e sujeita a uma grande concorrência interna. **Não existindo laços estruturais suficientes entre si, não se pode considerar que os advogados ocupem uma posição dominante colectiva na acepção do artigo 86 do Tratado.**

Em um parecer preliminar encomendado pelo *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* (Itália), o Tribunal afirmou (C-198/01) que o órgão administrativo tem o dever de deixar de aplicar a legislação nacional que seja contrária às regras comunitárias de concorrência – o que vai de encontro ao posicionamento no caso *Arduino*, que autorizava as tabelas de honorários advocatícios instituídas por ato ministerial com força de lei, ressaltando o tratamento diferenciado dos advogados:

> 1. Perante comportamentos de empresas contrários ao artigo 81.° , n.° 1, CE, que sejam impostos ou favorecidos por uma legislação nacional que legitima ou reforça os seus efeitos, mais especialmente no que respeita à fixação dos preços e à repartição do mercado, uma autoridade nacional da concorrência que tem por missão assegurar o respeito das regras de concorrência e, nomeadamente, do artigo 81.° CE tem a obrigação de deixar de aplicar essa legislação nacional. Com efeito, uma vez que esta norma, conjugada com o artigo 10.° CE, impõe um dever de abstenção aos Estados-Membros, o efeito útil das normas comunitárias da concorrência seria reduzido se, no âmbito de uma investigação sobre o comportamento de empresas nos termos do artigo 81.° CE, a referida autoridade não pudesse verificar que uma medida nacional é contrária às disposições conjugadas dos artigos 10.° CE e 81.° CE e se, em consequência, não deixasse de a aplicar.
>
> Apesar disso, essa obrigação de as autoridades nacionais da concorrência deixarem de aplicar uma tal lei anticoncorrencial não pode expor, sob pena de violar o princípio geral de direito comunitário da segurança jurídica, as empresas em causa a sanções, sejam elas de natureza penal ou administrativa, por um comportamento passado, quando este comportamento era imposto pela referida lei. Daqui resulta que essa autoridade não pode aplicar sanções às empresas em causa por comportamentos passados, quando estes lhes tenham sido impostos por essa legislação nacional; pode aplicar sanções por comportamentos posteriores à decisão que declara verificada a violação do artigo 81.° CE, uma vez que esta decisão se tenha tornado definitiva a seu respeito.
>
> De qualquer modo, a autoridade nacional da concorrência pode aplicar sanções às empresas em causa por comportamentos passados quando estes tenham sido apenas facilitados ou encorajados por essa legislação nacional, sem deixar de ter em devida conta as especificidades do quadro normativo em que as empresas actuaram. A este respeito, na determinação do nível da sanção, o comportamento das empresas em causa pode ser apreciado à luz da circunstância atenuante que constitui o quadro jurídico nacional.

Os advogados foram mais uma vez contestados perante o Tribunal no recente caso *Mauri* (17 de fevereiro de 2005), C-250/03, em que foi emitida opinião a pedido do Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Itália). Desta vez, questionavam-se os exames de admissão na ordem dos advogados, cujas bancas eram compostas, entre outros, por membros da própria profissão. O Tribunal não viu qualquer irregularidade nisso – e, dessa vez, não se pode dizer que seja um tratamento especial aos advogados:

> Os artigos 81.° CE, 82.° CE e 43.° CE não se opõem a uma norma, como a prevista no artigo 22.° do Decreto-Lei real n.° 1578, de 27 de Novembro de 1933, na versão aplicável na altura dos factos do litígio do processo principal, que prevê que, no quadro do exame de que depende o acesso à profissão de advogado, o júri se compõe de cinco membros nomeados pelo Ministro da Justiça, isto é, dois magistrados, um professor de direito e dois advogados, sendo estes designados pelo Consiglio nazionale forense (Conselho Nacional da Ordem dos Advogados) sob proposta conjunta dos Conselhos da Ordem do distrito em causa.

6.4.2.3 Conclusões

Duas são as principais contribuições da jurisprudência européia para o debate sobre profissões e direito concorrencial: o reconhecimento das associações profissionais como "associações de empresas", equiparando suas condutas anticoncorrenciais às "práticas concertadas", e a não aplicação da *state action exemption,* tampouco do princípio *lex specialis derogat generalis*.

De fato, por constituírem-se em direito supranacional, as normas comunitárias de concorrência não podem ser violadas pelos Estados-membros. Pode-se mesmo afirmar, sem dúvida, que o ordenamento jurídico comunitário europeu, apesar de não ter solucionado todas as falhas de mercado inerentes aos serviços profissionais, é o que atingiu um maior grau de proteção da concorrência nesse campo.

Chama a atenção, porém, o tratamento diferenciado que os advogados têm obtido perante o Tribunal de Justiça. Há de se perguntar: existe, realmente, uma relevante diferença entre os advogados e os demais profissionais que justifique essa distinção ou ela é fruto do *lobby* e das influências políticas da classe advocatícia?

6.4.3 Brasil

6.4.3.1 Considerações Iniciais

A discussão sobre a regulação concorrencial das profissões também se iniciou tardia no Brasil, a partir da segunda metade da década de 1990, com base na norma bastante aberta do inciso I do artigo 20 da lei 8.894/94, que estatui:

> I – Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a concorrência ou a livre iniciativa.

O artigo 21 arrola alguns desses atos, entre eles: "II – Obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes".

De fato, como a discussão ainda é muito recente no Brasil, não tivemos muitos temas desdobrados. As restrições à publicidade, por exemplo, que já foram objeto de análise na Europa e nos Estados Unidos, ainda não foi questionada no Cade. No que tange as profissões, o Cade tem se ocupado, essencialmente, da questão da fixação de tabelas de honorários. O Cade tem sido bastante rigoroso nesta questão, condenando todas as tabelas de preços produzidas por conselhos e associações profissionais, admitindo, como única exceção, aquelas situações em que o próprio legislador autoriza o conselho profissional a fazê-lo. Assim, a única "ação estatal" que escapa ao direito concorrencial é a própria ação legislativa, pois o legislador, soberano, pode estabelecer exceções. As ações das corporações profissionais, geralmente definidas como autarquias,[224] não podem, sem previsão expressa da lei, criar novas restrições à concorrência.

6.4.3.2 Jurisprudência do Cade

No Processo Administrativo 08000.011517/1994-35 (Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas – versus Conselho Regional de Medicina de São Paulo et alii), o Ciefas (atualmente denominado Unidas), associação de entidades de autogestão de planos de saúde, denuncia a "prática cartelizada" das entidades médicas, que pretendem implementar uma tabela de honorários proposta pela Associação Médica Brasileira (AMB) em 1992.

O conselheiro relator Mércio Felsky pondera que o médico isolado não tem poder de barganha frente às empresas de planos de saúde, mas que

[224] Cf. capítulo 1.

> quando a entidade de classe, sindicato ou associação congrega todos os médicos de uma ou mais especialidades em um município, região, estado ou país (como é o caso da AMB), passa esta entidade a controlar 100% da oferta do mercado, tornando-se um cartel ou monopólio. [...] Estes profissionais, que antes eram concorrentes, concertam entre si e fixam um preço único para seus serviços – mesmo que seja o mínimo – sem levar em conta os diferentes níveis de custo, de qualidade dos serviços prestados, as particularidades regionais e dos consumidores, a liberdade de escolha, as leis de mercado, enfim. [...] Os poucos profissionais que ousam divergir correm o risco de serem processados no Conselho da Ordem por infração ao Código de Ética, o que é suficiente para dissuadi-los.

Dessa forma, conclui pela incidência do inciso I do art. 20 da lei 8.884/94 no caso da tabela de honorários médicos da AMB, não sem antes dizer que

> uma leitura da lei nº 3.268/57, que dispõe sobre os conselhos de medicina, não indica que os mesmos tenham aquela competência [de fixar honorários mínimos]. Entre suas diversas atribuições elencadas no art. 15, como decidir os assuntos atinentes à ética profissional, velar pelo livre exercício legal dos diretos dos médicos a promover o perfeito desempenho técnico e moral da medicina, entre outras, não se inclui a de fixar pisos de honorários, níveis mínimos ou máximos, etc. Nem o Código de Ética Médica define o que seja "preço vil". Ao contrário, os tratados de deontologia médica permitem asseverar que, desde que o profissional exerça legalmente a medicina, dentro dos padrões técnicos, cabe a ele, exclusivamente, estipular seus honorários. Arvorar-se nesse direito, seja ordem profissional ou entidade de classe, associação ou sindicato, entidade pública ou privada, é assumir funções próprias do mercado, é instituir cartel, ainda que disfarçadamente.

Invoca, por fim, a farta jurisprudência do Cade condenando as tabelas de preços[225], para decidir pela ilegalidade da imposição de preços, mas

> desde que as entidades da classe médica se comprometam a se abster dos mecanismos de persuasão utilizados, é suficiente para a normalidade do mercado que se cessem as práticas de "imposição, recomendação, intermediação contratual ou campanha de implementação" da tabela ou lista, podendo a mesma continuar apenas como referencial para a negociação entre cada profissional e os planos de saúde.

Ora, essa distinção entre a "imposição coativa" e a "simples recomendação" é muito tênue. De fato, o próprio Cade, no Processo Administrativo 08012.007005/1998-69, chegou a afirmar que a mera "influência" (conforme as palavras da lei) para adoção de preços uniformes constitui infração contra a ordem concorrencial.

Esse mesmo entendimento foi repetido à exaustão em diversos processos (08012.004054/2003-78, com o Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional de Minas Gerais; 08000.020294/1996-03, 08000.021054/1996-27, 08012.006492/1997-25, 08012.004373/2000-32, 08012.005194/2001-00 e 08012.009021/2002-33, todas estas, novamente, com os médicos, de diversas regiões e especialidades).[226]

[225] Processos Administrativos 53/92, 61/92 e 155/94 a 172/94.

[226] A insistência em condenar os médicos gerou a revolta do Conselheiro Carlos Delforme Prado, em seu voto vencido no Processo Administrativo 08012.004054/2003-78: "Considero as decisões do SBDC

O exame foi diferente ao se verificar o caso da tabela de honorários dos corretores de imóveis (08000.001504/1995-48). Desta vez, o Conselho Regional dos Corretores de Imóveis da 16ª Região tinha amparo legal para determinar os preços mínimos, conforme a defesa do Creci:

> com relação à fixação de um percentual mínimo a ser cobrado por todos os Corretores achamos não estar infringindo a Lei 8.158/91, uma vez que a Tabela Mínima de Honorários não é deliberação conjunta de empresas para dominar o mercado, nem prejudicar a concorrência. É sim uma regulamentação do Creci para o exercício da profissão, que lhe é conferida pela Lei 6.530/78 e Decreto-lei 81.871/78, e regulamentada pelo Cofeci [Conselho Federal dos Corretores de Imóveis], através do Código de Ética Profissional, que, no seu arrtigo 6, inciso X, proíbe ao Corretor de Imóvel praticar quaisquer atos de concorrência desleal aos colegas.

Em oposição, a Secretaria de Política Econômica afirma, em seu parecer, que esse dispositivo legal não foi recepcionado pelo Constituição Federal:

> a Lei 6.530/78 dá competência aos Conselhos Regionais para homologar tabelas de preços de serviços de corretagem para uso dos inscritos, porém, desde a edição da Constituição de 1988 e Lei nº 8.158/91, confirmada pela Lei 8.894/94, tal prática não é mais aceita, configurando infração da ordem econômica.

Porém, o Conselheiro Relator Mércio Felsky rebate o argumento, ao defender que

> o fato de estabelecer honorários mínimos aos corretores, prática competente ao CRECI (disciplinada pela Lei nº 6.530/78) não é conduta ilícita. A própria Constituição Federal admite que os profissionais tenham garantido um piso salarial mínimo, proporcional à extensão e complexidade de seu trabalho.

O processo foi arquivado. O mesmo, porém, não ocorreu em outro caso (08012.007005/98-69), também envolvendo os contadores, visto que, desta vez, a entidade que editou a tabela não era o conselho profissional, autorizado por lei, mas um sindicato. O Cade considerou que houve infração e aplicou multa de R$ 63.846,00 ao Sindicato das Empresas de Serviços Contábeis, Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas do Estado do Rio de Janeiro (Sescon/RJ).

---

brasileiro, ao condenar sistematicamente as tabelas profissionais, em especial na área médica, e ignorar prática similar na área jurídica, são discriminatórias e injustificáveis.

CONCLUSÕES

Conquanto estejam assinaladas, no desenvolver do trabalho, as conclusões alcançadas, é possível sintetizá-las, como segue:

Este trabalho buscou analisar a lógica subjacente à regulação profissional com base em subsídios colhidos na jurisprudência, no direito público e também na sociologia das profissões. O escopo desta investigação foi contribuir para a compreensão do alcance da liberdade de profissão assegurada no artigo 5º da CF, que prescreve ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer.

O ponto de partida é a visão do profissionalismo como modo particular e institucionalizado de controle ocupacional, concorrendo com o livre mercado e a burocracia. O profissionalismo, na proposição de Freidson (2001), seria uma terceira lógica, isto é, um método de controle do trabalho especializado, baseado no conhecimento formal e tácito, ou seja, na autoridade da *expertise*, que proporciona a seus membros mercados de trabalho protegidos e benefícios à coletividade.

No primeiro capítulo, verificou-se que o Estado intervém intensamente, regulando o exercício das profissões e impondo um regime jurídico particular, que as distingue das ocupações em geral, ao fixar exigências e qualificações restritivas ao exercício de certas ocupações. Estas, por sua vez, passam a ser designadas como profissões, profissões liberais, profissões regulamentadas, etc. Com efeito, diferentemente das ocupações não-regulamentadas ou de livre acesso e exercício, as ocupações regulamentadas (profissões) têm mercados relativamente "fechados", pois a oferta e os preços de seus serviços são influenciados por instituições externas ao mercado, por conta dos privilégios profissionais que se agregam com a regulamentação estatal.

Como reconhecer esse isso tipo especial de ocupação, que pode ser qualificado como profissão? Tradicionalmente se empregou o conceito de profissão liberal que nasceu como sinônimo das ocupações de advogado e médico e, posteriormente, esse conceito foi estendido, de modo paulatino, num processo de emulação de status social, às novas profissões que surgiram no mundo do trabalho. Contudo, devido à dificuldade analítica de ser aplicado às profissões em geral, para classificação e organização da regulação ocupacional, optou-se por fazer uso de outro critério para demarcação do objeto de estudo, com base em dados do ordenamento jurídico, e não na difusa noção de profissão liberal. Foram as profissões, neste trabalho, classificadas da seguinte forma:

Profissões desregulamentadas ou abertas (ou ocupações, como prefere a sociologia das profissões) e profissões regulamentadas. As profissões desregulamentadas ou ocupações livres correspondem a um conjunto de tarefas que está à disposição de qualquer pessoa, não interferindo o legislador na sua organização ou no modo de exercitá-las. São criadas pela livre iniciativa das pessoas, dentro do processo social de divisão técnica do trabalho. Ingressar nessas ocupações ou profissões desregulamentadas não depende de um ato de habilitação prévio de nenhuma entidade pública ou privada, ou seja, não há barreiras de acesso, prevalecendo a liberdade geral de atuação (princípio *pro libertate*).

Em contraste com as profissões abertas ou desregulamentadas, encontram-se as profissões regulamentadas, abrangendo um conjunto diversificado de ocupações, que se tornaram objeto de regulação jurídica pelo legislador, disciplinando, sobretudo: i. as condições subjetivas e/ou objetivas que afetam a escolha e o acesso à profissão; ii. o modo como a atividade profissional deve ser exercida, a fim de que os interesses de terceiros (ou dos próprios membros das profissão) sejam protegidos; iii. o campo privativo de atribuições e funções da profissão; iv. a obrigação de inscrição em determinado registro gerido pelo Estado ou por entidade por ele qualificada; v. a submissão a um arcabouço de regras institucionais (códigos de ética), que geralmente são definidas pelos integrantes da profissão; vi. o pagamento de contribuições ou tributos especiais; vii. a incompatibilidade para o exercício da profissão; viii. as normas técnicas e regras sobre responsabilidade civil e penal, etc.

Com relação às profissões regulamentadas, foi dado especial destaque às denominadas profissões corporativas, isto é, que possuem uma entidade auto-reguladora (ordem ou conselho de fiscalização profissional), visto que são essas que constituem o núcleo do profissionalismo por deter poder de interferir nas condições do próprio trabalho.

Com relação à polêmica a respeito da natureza jurídica das entidades corporativas, da fiscalização profissional e do regime jurídico aplicável a elas, sustentou-se que o reconhecimento da natureza pública autárquica não conduz necessariamente a qualificá-las como entidade estatal, isto é, como integrante da administração indireta, pois a correspondência inexorável entre entidade de natureza pública e organização estatal pode ser rompida desde que haja justificativa aceitável para a modificação dessa tradicional equação, podendo o legislador dar vida a uma entidade com natureza jurídica de direito público que não seja parte integrante da Administração. O ente seria público, mas não estatal.

Conforme se pode inferir da classificação realizada neste trabalho, a regulação profissional existente no ordenamento jurídico brasileiro está estruturada basicamente no critério da exigência de uma credencial educacional. Ou seja, a construção jurídica de uma profissão ocorre por meio da vinculação do exercício de uma atividade econômica especializada (ocupação) a um saber certificado por uma instituição de ensino superior. Embora não seja o único elemento da definição, há preponderância desse fator, pois quase sempre é possível constatar a equação entre qualificação profissional e título acadêmico.

Contudo, profissão não se resume a atividade que demanda formação de nível superior, porquanto esse conceito normalmente está também relacionado à capacidade especial de auto-regulação e ao controle de espaços reservados no mercado de trabalho – ou seja, ao poder de demarcar jurisdições exclusivas a um monopólio ocupacional. Em muitas atividades, o monopólio de oportunidades econômicas por um grupo ocupacional não está atrelado a um determinado tipo de conhecimento produzido nas universidades, como se verifica com os corretores. Ou seja, a formação superior é um dado importante na construção de uma profissão, pelo caráter técnico-científico que pode ser atribuído ao saber profissional, mas não é excludente de outras dinâmicas sociais e políticas de obtenção de espaços laborais privativos.

No segundo capítulo, viu-se como perguntas clássicas sobre a emergência do fenômeno profissional têm sido debatidas no campo da sociologia das profissões, notadamente: como uma ocupação – trabalho especializado inserido no mercado de trocas – consegue converter-se em profissão regulamentada corporativamente? Como se dá a ascensão de uma ocupação, alcançando o status de profissão – isto é, qual seria a trajetória social e política para a profissionalização de uma ocupação? São as profissões regulamentadas corporativamente todas iguais, ou elas se distinguem consoante o tipo de conhecimento institucionalizado em sua prática profissional?

Nas múltiplas respostas dadas pelas diversas correntes do pensamento sociológico que estudam o fenômeno profissional, pode-se inferir o papel relevante do conhecimento científico na definição do status profissional e na aquisição de poder e autoridade pelas profissões, bem como a vinculação estrutural das profissões às universidades, que cumprem a função de organizar, padronizar e certificar o saber profissional e os profissionais.

Que tipo de conhecimento justifica a institucionalização da *expertise*? Quais são as bases cognitivas que identificam uma profissão e lhe são próprias? Quando o credencialismo é justificável e necessário, tendo em vista o tipo de conhecimento exigível

para a execução das tarefas específicas de uma profissão? Como se viu, não há respostas precisas a essas perguntas, sobretudo quanto ao caráter substancial do conhecimento necessário para a identificação de uma profissão. O que se afirma freqüentemente é que esse recurso estratégico – base cognitiva – deve estar envolto em algum grau de abstração teórica e mistério. Deve estar também inserido numa instituição de ensino superior, pois seria difícil manter o monopólio sobre atividades de natureza transparente, que qualquer um pudesse aprender e reproduzir sem passar pelos rituais de aprendizagem e iniciação próprios da profissão.

Talvez dificilmente haja uma resposta para a questão relativa ao valor intrínseco do conhecimento como fundamento para instituição de profissões; ainda não se desenvolveram instrumentos conceituais e analíticos para tal tipo de julgamento, a não ser que se menosprezem os jogos sociais subjacentes às qualificações das atividades do mundo do trabalho e à construção da superioridade cognitiva deste ou daquele tipo de conhecimento profissional.

Quanto à relação Estado e profissões, viu-se que a interdependência entre Estado e profissão tem se revelado constante na dinâmica social e histórica, não somente no planejamento de políticas públicas, como na própria configuração do Estado moderno. Este depende da *expertise* das profissões na organização da realidade social, e estas dependem do poder de meios de que aquele dispõe para organizar as instituições do profissionalismo.

O juízo técnico e neutro das profissões cumpre função importante na elaboração de políticas públicas e na definição de partes importantes da realidade social, ao contribuir para a estipulação de conceitos de doença, incapacidade, inflação, justiça, morte, etc. Esse poder prescritivo e constitutivo do saber profissional, que confere soberania sobre aspectos da realidade social, foi denominado por Starr (1991, p. 28) de autoridade cultural. O profissionalismo poderia também ser definido como a forma moderna e secular que Estado e mercado encontraram para gerar confiança e certeza nas relações sociais e econômicas. Em vez de falha de mercado (monopólio ocupacional), o profissionalismo pode ser visto como resposta a uma outra falha: a incerteza social e econômica que emperra as transações sociais e econômicas.

Do direito comparado, impende destacar a importância da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão no desenvolvimento de critérios para limitar a discricionariedade do legislador na regulação profissional que influenciou o direito constitucional português e espanhol. Para tanto, cindiu-se a liberdade de profissão em dois

momentos: o exercício e a escolha, sendo que este segundo estágio poderia estar sujeito a pressupostos subjetivos e objetivos. Cada momento estaria exposto a tipos e intensidades diferentes de limitações pelo legislador e, para isso, elaborou-se a chamada teoria dos "degraus" a serem percorridos pelo legislador na regulamentação desse direito fundamental.

Ao regular uma profissão, o legislador deve começar pelo primeiro degrau, isto é, pela ordenação do exercício da atividade profissional, fixando as condições para o seu desempenho. Como o exercício da atividade profissional ocorre na esfera social, o legislador dispõe de maior liberdade de conformação do direito, desde que se confinem a disciplina do exercício e o modo como a atividade deve ser praticada, sem afetar o direito de escolha da profissão.

O segundo degrau de intervenção do legislador alcança o momento da escolha, isto é, aquele em que uma profissão é assumida, continuada ou abandonada, impondo a lei condições de acesso a essa profissão, de natureza subjetiva, relacionadas à pessoa do candidato, notadamente a necessidade de título acadêmico comprobatório do domínio de conhecimento técnico exigido.

O terceiro degrau de ingerência compreenderia os pressupostos objetivos que atingem também a escolha da profissão quando estipuladas condições de acesso à atividade estranhas à vontade e à pessoa do candidato e sobre as quais ele não tem domínio, como, por exemplo, nas ocasiões em que o Estado avalia a necessidade de novos profissionais ou fixa um número determinado de vagas como regulador da concorrência, etc.

Esse último tipo de intervenção na escolha da profissão foi pelo Tribunal considerado, em princípio, atentatório à liberdade de profissão, porquanto somente a proteção de um bem coletivo de importância capital, diretamente legitimado pela Constituição, poderia justificar tais modalidades de restrições. Mesmo assim, seria necessária uma exigência especialmente grave (baseada em riscos reais de dano, e não puramente hipotéticos) para reclamar tal tipo de providência.

Na ordem constitucional brasileira, o debate marcante sobre a regulação ocorreu sob a égide da Constituição Republicana de 1891, que assegurava o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual ou industrial, sem facultar ao legislador a imposição de qualquer restrição, o que suscitou acirrado debate em torno da recepção das normas legais, que condicionavam o acesso a certas profissões à posse de título acadêmico (diploma) como meio de aferir capacidade profissional.

A controvérsia acerca da liberdade de profissão permeou toda a República Velha, pois, apesar de a jurisprudência majoritária ter acolhido a tese credencialista, no Rio Grande do Sul, reinou a mais completa liberdade de profissão até o triunfo da Revolução de 30 e a ascensão de Getulio Vargas, quando um novo tipo de regulação profissional emergiria (auto-regulação corporativa), bem como as Constituições ulteriores consagraram a competência do legislador para restringir esse direito.

Na ordem constitucional de 1988, viu-se que a liberdade de profissão pode ser limitada pelo legislador, para exigir atualmente *qualificações profissionais* e, nas ordens constitucionais pretéritas, as aludidas *condições de capacidade*. A classificação realizada da regulação profissional demonstrou que o legislador, à guisa de *qualificações profissionais* ou *condições de capacidade,* tem exigido basicamente os seguintes requisitos subjetivos: i. credencial educacional de nível superior (diploma) ou de nível médio (certificados cursos técnicos); ii. condições de idoneidade; iii. exame específico de aptidão.

O artigo 5º, inciso XIII da C.F. assegura o livre exercício de trabalho, ofício e profissão, que pode ser contido pelo legislar apenas para estabelecer *qualificações profissionais*. Trata-se da denominada *reserva qualificada de lei,* que reduz a discricionariedade do legislador quando se exige, além da lei para restrição do direito fundamental, que a contenção não ultrapasse o campo predeterminado. Essa cláusula constitucional autoriza apenas as restrições que se destinem a verificar as *qualificações,* isto é, a aptidão técnica e moral do indivíduo para o desempenho de determinada atividade econômica.

Rejeitou-se, portanto, a possibilidade de o legislador estar autorizado a estipular condições objetivas para acesso a uma profissão, isto é, que independam da pessoa do profissional, conferindo, por exemplo, poder ao Estado ou à entidade corporativa de avaliar a necessidade de novos profissionais em virtude de uma saturação do mercado, estabelecendo um sistema de *numerus clausus* como regulador da oferta de profissionais e, portanto, da concorrência.

Quanto às restrições ao exercício da profissão, concluiu-se ser excessivamente onerosa e desnecessária – violando, portanto, a regra da proporcionalidade – a interdição da liberdade de profissão como meio de cobrança de anuidade, pois há vias alternativas eficazes para cobrança de dívida no ordenamento jurídico.

Dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, que examinou as restrições que podem ser estatuídas pelo legislador na constituição de uma profissão, pode-se extrair as

seguintes conclusões: A regra é a prevalência do princípio *pro libertate* no livre exercício de trabalho, ofício e profissão. Essa liberdade está sujeita a lei restritiva que pode estabelecer *condições de capacidade* que correspondem a pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos.

Em matéria de competição interprofissional, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a legitimidade da constituição de novas profissões com base em capacidade técnica atestada por credencial educacional. Estabeleceu também o STF que o legislador não desfruta de arbítrio na atribuição da jurisdição exclusiva a nova profissão em detrimento de outras já estabelecidas, visto que a alocação de tarefas privativas a determinada profissão deve estar calcada necessariamente na existência de um saber profissional específico que seja um efetivo acréscimo ao conhecimento geral existente.

Não cabe também restrição ao exercício profissional com a finalidade de proteger contra a competição profissional, tendo em vista uma presumível saturação do mercado. Tal restringência não se subsume ao conceito de *condições de capacidade* e, por isso, afronta o princípio a liberdade de profissão.

Concluiu-se ainda competir ao legislador a decisão se a prática de determinada atividade profissional reclama ou não a formação acadêmica prévia e, portanto, diploma. Esse tipo de juízo insere-se no âmbito da discricionariedade que lhe é própria na conformação desse direito fundamental. Esse tipo de escolha é insuscetível de censura jurisdicional, pois a Constituição não proíbe a disciplina do acesso às profissões com fundamento em critério objetivo e impessoal, como é a posse de determinado diploma. O que se proscreve é a adoção de critérios arbitrários ou subjetivos que permitam ao Estado ou à entidade corporativa o "fechamento" da atividade profissional em favor dos que já a exercem, excluindo ou discriminando os novos pretendentes à profissão.

Com relação às normas éticas, postulou-se que elas não devem ultrapassar o seu campo natural de incidência, o que é garantia de que não haverá abuso de poder na relação entre o leigo e o profissional. A finalidade dessas regras é proteger o consumidor na relação assimétrica de poder existente, permitindo, por outro lado, que os próprios membros da profissão avaliem o seu trabalho e punam os infratores das "melhores práticas", realizando, dessa forma, o autocontrole disciplinar. Dessa forma, o poder normativo de produzir normas éticas não pode ser utilizado pelas entidades corporativas para a chamada política de malthusianismo profissional, erigindo restrições excessivas à

liberdade profissional e ao princípio da livre concorrência que não se mostrem devidamente justificadas na finalidade de assegurar valores fundamentais da profissão.

REFERÊNCIAS PRIMÁRIAS (JURISPRUDÊNCIA)

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (cade)

Processo Administrativo 08012.004054/03
Processo Administrativo 08000.011517/94
Processo Administrativo 08000.001504/95
Processo Administrativo 08012.007005/98
Processo Administrativo 08012.004054/03

Suprema Corte dos Estados Unidos da América

American Medical Association v. United States, 317 U.S. 519 (1943)
Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350 (1977)
California Dental Association v. Federal Trade Commission, 526 U.S. 756 (1999)
Federal Trade Commission v. Raladam Co., 283 U.S. 643 (1931)
Goldbarf v. Virgina State Bar, 421 U.S. 773 (1975)
Hoover v. Ronwin, 466 U.S. 358 (1984)
Parker v. Brown, 317 U.S. 341 (1943)

Tribunal Constitucional do Reino da Espanha
Sentença 111
Sentença 83

Tribunal de Justiça das Comunidades Européias

C-180/89 (*Comissão da Comunidades Européias v. República Italiana*)
C-198/01 (*Belastingadviseurs BV versus Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*)
C-250/03 (Pedido de decisão prejudicial do *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* -Itália)
C-309/99 (*J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse*
C-35/96 (*Comissão da Comunidades Européias v. República Italiana*)
Pedido de decisão prejudicial do Pretore di Pinerolo – Itália – no processo-crime contra Manuele Arduino
T-144/99 (*Instituto dos mandatários reconhecidos junto do Instituto Europeu de Patentes v. Comissão das Comunidades Europeias*
T513/93 (*Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali v. Comissão das Comunidades Europeias*)

Supremo Tribunal Federal (STF)

Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.717
Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.026-DF
Ação Direta de Insconstitucionalidade 1782-8
Mandado de Segurança 10272
Mandado de Segurança 21.797
Mandado de Segurança 21797

Mandado de Segurança 8.895 – DF
Questão de Ordem na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3707-PI
Recurso Especial 362278
Recurso Especial 758.158 – RS
Representação 1.056 -DF
Representação 1.256 – DF
Representação 1064 – DF
Representação 930 – DF
Representação n. 1.023-6
Súmula 646

REFERÊNCIAS SECUNDÁRIAS (BIBLIOGRAFIA)

ABBOT, A. (1988) *The System of Professions*: An Essay on the Division of Expert Larbor. Chicago and London: University of Chicago.

_____. (1991) The Future of Professions: occupation and expertise in the age of organization. *Research in the Sociology of Organizations, 8, 17-42.*

ALBERT, D. (2002) *Derecho de la Competencia y Ejercicio de las Profesiones*. Navarra: Thomson Aranzadi.

ALFONSO, L. P. (1981) El Contenido Essencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional; A Proposito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de Abril de 1981, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, 3 (sep-dec).

AMARO, L. (1999) *Direito Tributário Basileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva

AMORIM, J. P. (2001) A Liberdade de Profissão, in *Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, p. 595-782. Coimbra: Coimbra.

ARISTÓTELES. (1991) *A Política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, [s.d].

ÁVILA, H. (2004) *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva.

AZEVEDO, J. A. (1925) *A Constituição Federal interpretada pelo Supremo Tribunal Federal (1891 - 1924).* Rio de Janeiro: Typographia da Revista do Supremo Tribunal.

BAETA, H. (coord.) (2003) *História da Ordem dos Advogados do Brasil*: Criação, primeiros percursos e desafios (1930 – 1945). Brasília: OAB.

BARBER, B. (1963) Some Problems in the Sociology of Professions. *Daedalus,* 92, Fall, 669-688.

_____. (1979)Alcuni problemi di sociologia delle professioni in TOUSIJN, W. (a cura di) *Sociologia delle professioni,* Bologna: Il Mulino.

BARROS, F. B. M. de (2004) Da Visão Romântica aos Conflitos, Fechamento e Exclusão na de Saúde. *Revista Fisiobrasil,* 8 (68) p. (36 – 38)

BARROS, R. S. M. de (1986) *A Ilustração Brasileira e a Idéia de Universidade*. São Paulo: Convivio/EDUSP

BASTOS, A. (2007) *A Ordem dos Advogados e o Estado democrático no Brasil*. Tese de doutorado defendida perante o Instituto Universitário de Pesquisas do estado do Rio de Janeiro (IUPERJ) e a Universidade Cândido Mendes (UCAM). Orientador: Luiz Werneck Vianna.

BASTOS, C. R. e MARTINS, I. G. (2004) *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. II, 3ª ed. São Paulo: Saraiva

BINENBOJM, G. (2006) Uma *Teoria do Direito Administrativo*: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar

BONELLI, M. (2002) *Profissionalismo e Política no mundo do Direito*. São Carlos: Sumaré

_____. (1999) O Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e o Estado: A Profissionalização no Brasil e os Limites dos Modelos Centrados no Mercado. *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* 14 (39), fev.

BRAVERMAN, H. (1987) *Trabalho e Capital monopolista*: a degradação do trabalho no século XX. Trad. de Nathanael C. Caixeiro.3ª ed. Rio de Janeiro: LTC.

BUENO, J.A.P. (Marquês de São Vicente) (1857). *Direito Publico Brazileiro e Analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C.

CAETANO, M. (1943) A antiga organização dos mesteres da cidade de Lisboa *in* LANGHANS, F. P. *Das Corporações de Ofícios Mecânicos, vol. I.* Lisboa: Imprensa Oficial.

CANOTILHO, J. J. G. e MOREIRA, V. (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra.

CARR-SAUNDERS, A. M. e WILSON, P. A. (1954) Professions, *in International Encyclopaedia of the Social Sciences,* New York: MacMillan, p. 476-480 (trad. it. Professioni, *in* W. Tousijn (a cura di) *Sociologia delle professioni,* Bologna: Il Mulino, 1979, p. 61-69).

CASAUX, L. (1992) *La pluralité ou l'exercise par une même persone physique de plusiers activités professionnelles*. Toulousse.

CARVALHO, L. (1968) A educação e seus métodos *in* HOLANDA, S. B. de e CAMPOS, P. M. (orgs.) *A época colonial*. São Paulo: Difel.

CARVALHO, C. (2003) *Dentistas Práticos no Brasil: História de Exclusão e Resistência na Profissionalização da Odontologia Brasileira*. Tese de Doutorado defendida perante a Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz. Orientadora: Maria Helena Machado.

CAVALCANTI, J. (1891, 2002) *Constituição Federal Brasileira comentada*. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal.

CAVALCANTI, T. B. (1952) *A Constituição Federal Comentada*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino

_____. (1964) *Tratado de Direito Administrativo*, Vol. III, 5ª ed. São Paulo e Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

CHAPOULIE, J.M. (1973) Sur I'analyse sociologique des groupes professionnels, *Revue Française de Sociologie,* XIX.

COELHO, E. C. (1995) Físicos, Sectários e Charlatães: a medicina em perspectiva histórico-comparada *in* MACHADO, M. H. *Profissões de Saúde: uma abordagem sociológica*. Rio de Janeiro, FIOCRUZ.

_____. (1999) *As Profissões Imperiais: Medicina, Engenharia e Advocacia no Rio de Janeiro - 1822-1930*, Rio de Janeiro: Record.

COLLIARD, C. (1989) *Libertes publiques*. 7ª ed. Paris: Dalloz.

COLLINS, R. (1989) *La Sociedad Credencialista – Socioogía Histórica de la Educación y de la Estratificación* (trad. Ricardo Lezcano) Madrid: Akal.

_____. (1990) Changing Conceptions in the Sociology of the Professions, in BURRAGE, M. e TORSTENDAHL, R. (org.) *The Formation of Professions,* London: SAGE, p. 11-23.

_____. (1990a) Market Closure and the Conflict Theory of the Professions, *in* BURRAGE, M. e TORSTENDAHL, R. (org.) *Professions in Theory and History: Rethinking the Study of the Professions,* London, SAGE.

CUNHA, L. A. (2005) *O ensino de ofícios artesanais e manufatureiros no Brasil escravocrata*. 2ª ed. São Paulo: UNESP

_____. (2007) *A universidade temporã*. 3ª ed. São Paulo: UNESP

DINGWALL, R. W. J. (2004) Lãs professiones y el orden social em uma sociedad global *in Revista Electrónica de Investigación Educativa,* 6 (1)

DINIZ, M. (2001) *Os Donos do Saber: Profissões e Monopólios Profissionais,* Rio de Janeiro: Renavam.

DUBAR, C. e TRIPIER, P. (1988) *Sociologie des Professions*. 2e éd. Paris: Armand Colin.

DUBAR, C. (2005) *A Socialização: construção dos ideais sociais e profissionais* (trad. Andréa Stahel da Silva) São Paulo: Martins Fontes.

DURKHEIM, E. (2004) *Da Divisão do Trabalho Social* (trad. Eduardo Brandão) São Paulo: Martins Fontes.

ELLIOT, P. (1975) *Sociologia de las Professiones* (trad. Esther Seivane Vasquez) Madrid: Tecnos.

ETZIONI, A. (org.) (1969), *The Semi-Professions and Their Organization - Teachers, Nurses, Social Workers,* New York: The Free Press.

FAGUNDES, S. (1947) *Revista de Direito Administrativo.* 10, p. 336 – 341.

FAVOREU, L. e PHILIP, L. (1989) *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*. Sirey.

FERREIRA FILHO, M. G. (1997) *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I. 2ª ed. São Paulo: Saraiva

FIGUEIREDO, B. (1997) *A arte de curar e os seus agentes no século XIX na Província de Minas Gerais*. Tese de doutorado defendida perante a Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Orientadora: Maria Célia Pinheiro Paoli.

FORGIONI, P. (1998) *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT.

FRAN MARTINS (2001) *Curso de Direito Comercial*, 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

FREIDSON, E. (1986) *Professional Powers: A Study of the Institutionalization of Formal Knowledge,* Chicago: University of Chicago.

_____. (1998) *Renascimento do Profissionalismo: Teoria, Profecia e Política* (trad. Celso Mauro Paciornik) São Paulo: USP.

_____. (2001) *Professionalism – The Third Logic*, Cambridge: Polity.

GOODE, W. J. (1957) Community within a Community: the Profession, *American Sociological Review,* 22 (1).

_____. (1969) The Theoretical Limits of Professionalization, *in* ETZIONI, A. (org.) *The Semi-Professions and Their Organization,* New York: The Free Press.

GRAU, E. R. (1981) Anuidade – Natureza Jurídica – Ônus. *Revista de Direito Administrativo,* 144, abril/junho.

_____. (2001) Exercício da Profissão do Jornalista; Não recepção do decreto-lei 972/1969 pela Constituição de 1988. Interpretação/Aplicação do Direito e proporcionalidade, *Revista Trimestral de Direito Público,* 35, jul/set.

GYAMARTI, G. (1975) The doctrine of the professions: basis of a power structure *in international social science journal, 27* (4).

HUGHES, E. C. (1958) *Men and their work*. Glencoe, Illinois: The Free Press.

IMBERT, J. et allii. *Histoire des institutions et des faits sociaux (X^e - XIX^e siècle).* Paris: PUF.

JOHNSON, T. (1972) *Professions and Power,* London: MacMillan.

_____. (1995) Governmentality and the institutionalization of expertise *in Health professions and the state in Europe.* London and New York: Routledge.

_____. (1982) The state and the professions: peculiarities of the british. *In* GIDDENS, A. and MACKENZIE, G. *Social class and the division of labour: Essays in honour of Ilya Neustadt.*

KARPIK, L. (1995) *Les avocats: Entre l'État, le public et le marche – XIIIe – XXe siècle.* Paris: Gallimard.

KUMMER, L. O. (2002) *A Medicina Social e a Liberdade Profissional*: Os médicos gaúchos na primeira república. Dissertação de Mestrado. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UFRGS. Porto Alegre

LAFER, C. (2006) Liberdades e regulamentação do jornalismo, *Folha de São Paulo, 23 de julho de 2006, p. A3.* São Paulo.

LARSON, M. S. (1977) *The Rise of Professionalism - A Sociological Analysis,* Berkeley: University of California.

_____. (1988) À Propos des Professionnels et des Experts ou Comme Il Est Peu Utile d'Essayer de Tout Dire, *Sociologie et Sociétés,* XX (2).

_____. (1990) In the Matter of Experts and Pofessionals, or How Impossible It Is To Leave Nothing Said" in BURRAGE, M. e TORTENDAHL, R. (org.) *The Formation of Professions*, London: SAGE.

LAUBADÈRE, A. (1985) *Direito Público Econômico*, Coimbra: Almedina

LEGA, C. (1974), *Le Libere Professioni Intellecttuali nelle Legge e nella Giurisprudeza*, Milano: Giuffrè.

LE GOFF, J. (1979) *Para Um Novo Conceito de Idade Média*: Tempo, Trabalho e Cultura no Ocidente. Lisboa: Estampa.

LINS, E. (1922) Liberdade Profissional: Interpretação do § 24 do art. 72 da Constituição Federal, *revista jurídica.* 7 *(*26) p. 214 – 226.

LÓPES RAMÓN, F. (1983), Reflexiones sobre la Libertad Profesional, *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, p. 651-684.

MACHADO, M. H. (1997) *Os Médicos no Brasil: um retrato da realidade*. Rio de Janeiro: Fiocruz.

MACHADO, S. M. et allii (1983) La *libertad de ejercicio de la profesión y el problema de lãs atribuciones de los técnicos titulados*. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local.

MADEIRA, H. (2000) A Regulamentação da Advocacia no Direito Romano. *Revista Unifieo*,. 3, p. 79-90.

MAGALHÃES, D. (1950) Ordem dos advogados do Brasil: Natureza Jurídica, Poderes, Funções e Encargos – Conceito de Autarquia em face da Doutrina e da Lei – Prestações de Contas ao Tribunal de Contas – Parecer. *Revista de Direito Administrativo*, 20, p. 340 – 351.

MAXIMILIANO, C. (2005) *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal.

MALATESTA, M. (2006) *Professionisti e Gentiluomini – Storia delle Profesioni nell'Europa Contemporanea*, Torino: Giulio Einaudi.

MENDONÇA, M. (1906) A Liberdade Profissional, *O Direito.* 34 (99). p. 321 – 353.

MARCOS, F. (2002) La lucha contra las restricciones a la libre competencia em el mercado de servicios profesionales. *Gaceta jurídica de la UE y de la Competencia,* 219, may/jun, p. 22 – 35.

MARSHALL, T. H. (1939) The Recent History of Professionalism in Relation to Social Policy, *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, 5 (3) (aug. 1939) p. 325-340.

MELLO, O. A. B. de (2007) *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Vol. I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores

MENDONÇA (1906) A Liberdade Profissional, *O Direito.* 34 (99). p. 321 – 353.

MIRANDA, J. (1988) Liberdade de Trabalho e Profissão, *Revista de Direito e Estudos Sociais,* XXX, 2, p. 145-162.

MOORE, W. E. (1970) *The Professions*: Roles and Rules, New York, Russel Sage.

MONTES, J. G. (2002) La *organización de las profesiones tituladas*. Madrid: Consejo de Estado

MOREIRA, V. (1997a) *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina.

_____. (1997b) *Administração Autónoma e Associações Públicas*. Coimbra: Coimbra.

MORENILLA, S. (1989) *La configuración jurídica de las profesiones tituladas en España y en la Comunidad Económica Europea*. Madrid.

MORENO, S. (1996) Profesiones tituladas y colegios profesionales: comentario al artículo 36 *in* VILLAAMIL, O. (dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, 2ª ed., p. 602 - 603. Madri: EDERSA

NIETO, A. (1961) La Ley Alemana de Farmacias de 28 de Agosto de 1960, *Revista de Administración Pública*, 35, p. 361-384.

NUSDEO, F. (1995) *Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico*. São Paulo: RT.

_____. (1997) *Curso de Economia*: Introdução ao Direito Econômico. São Paulo: RT.

OSÓRIO, J. L. (1982) *Constituição Política do Estado do Rio Grande do Sul*: Comentário. Brasília: Universidade de Brasília.

PARDO, G. (1993) La aplicación del concepto "lex artis" al campo de la actividad del profesional: el caso de la profesión médica, *in* QUEZADA, D. *et allii* (eds.) *El Ejercicio en grupo de profesiones liberales*. Granada: Universidad de Granada.

PARKIN, F. (1984) *Marxismo y Teoría de Classes – una Crítica Burguesa*, Madrid: Espasa-Calpe.

PARSONS, T. (1939) The Professional and Social Structure, *Social Forces,* 17 (4).

_____. (1968) Professions, *in International Encyclopaedia of the Social Sciences,* v. 12, New York: MacMillan, p. 536-547; trad. it. parziale in TOUSIJN, W. (a cura di) *Sociologia delle professioni,* Bologna: Il Mulino, 1979, p. 73-90.

PERA (1971) Professione e lavoro (liberta di) *in* Enciclopedia del diritto, vol. XXXVI. Milano: Giuffrè.

PEREIRA NETO , A. F. (1995) A Profissão Médica em Questão: a Dimensão Histórica e Sociológica, *Cadernos de Saúde Pública,* 11 (4).

PEREIRA, M. H. (1993) *Das Revoluções Liberais ao Estado Novo*. Lisboa: Presença.

PERKIN, H. (1981) Le Professioni e il Gioco della Vita: I'Inghilterra dall'Ottocento ad Oggi, *Quaderni Storici.* 48, 944-958.

PIMENTA, T. S. (1997) *Artes de Curar: um estudo a partir dos documentos da Fisiocatura-mor no Brasil do começo do século XIX*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de História do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) Orientador: Prof. Doutor Sidney Chalhoub.

_____. (2003) *O Exercício das Artes de Curar no Rio de Janeiro (1828 a 1855).* Tese de Doutorado defendida perante o Departamento de História do Instituto de Filosofia

e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) Orientador: Prof. Doutor Sidney Chalhoub.

POLANYI, K. (2000) *A Grande Transformação – As Origens de Nossa Época* (trad. Fanny Wrobel) Rio de Janeiro: Campus.

PONTES DE MIRANDA (1960) *Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi.

RAMOS, J. (1974) Conselho de Medicina *in Ética Médica*. Rio de Janeiro: CREMEG.

REALE, M. (1977) O código de Ética Médica *in Revista dos Tribunais,* 66 (503)

REQUIÃO, R. (2003) *Curso de Direito comercial*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva.

RIBEIRO JÚNIOR, J. (2003) *Augusto Comte e o Positivismo*. Campinas: Edicamp.

RIVERO, J. e SAVATIER, J. (1975) *Droit du Travail*. 6e éd. Paris: PUF

RIVERO, J. e MOUTOUH, H. (2006) *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes.

RODRIGUES, M. L., (2002) *Sociologia das Profissões*, Oeiras: Celta, 2ª. ed..

RUPP, H. G. (1981) Objet et Portée de la Protection des Droits Fondamentaux – Tribunal Constitutionnel Fédéral Allemand, *Revue Internationale de Droit Comparé,* 33, 2, p. 449-509.

SALOMÃO FILHO, C. (2003) *Direito Concorrencial*: As Condutas. São Paulo: Malheiros.

SAMPAIO DÓRIA, A. de (1960) *Direito Constitucional*: Comentários à Constituição de 1946, vol. IV. São Paulo: Max Limonad.

SANTORO, M. (1998) Professione, *Rassegna Italiana di Sociologia, 40 (1) gen-mar 1998.*

SANTOS, W. G. dos (1979) *Cidadania e Justiça*: A política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campus.

SAVATIER, J. (1947), *La Profession Libérale,* Paris.

SAVATIER, R. (1953) L'origine et le devéloppement du droit des professions libérales *in Recueil Sirey*, *Archives de Philosophie du Droit.*

SHAW, G. B. (1946) *The Doctor's Dilemma*, Harmondsworth: Penguin.

SILVA, J. (2007) *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros

SILVA, V. (2002) O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*., 91 (798) p. 23- 50.

_____.(2005) *A Constitucionalização do Direito*: os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros.

SODRÉ, R. (1967) *O advogado, seu estatuto e a ética profissional*. 2ª ed. São Paulo: RT.

SOUZA, M. G. (1935) *O Advogado*. Monographia apresentada á Faculdade de Direito do Recife no Concurso para Professor Cathedratico de Direito Judiciario Civil. Recife: s/ed.

SPERANZA, L. (1999) *I potteri delle professioni*. Soveria Manneli, Catanzaro: Rubettino.

STARR, P. (1991) *La Transformación Social de la Medicina en los Estados Unidos de America* (trad. Augustín Bárcena). México: Fondo de Cultura Económica.

SUNDFELD, C. A. (1993) *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros Editores.

SUNDFELD, C. A. e CÂMARA, J. A. (2006) Conselhos de Fiscalização Profissional: Entidades Públicas Não-estatais, *Revista de Direito do Estado*. 1 (4). pp 321 – 333.

TAWNEY, R. H. (1920) La Societá Acquisitiva *in* TOUSIJN, W. (a cura di) *Sociologia delle professioni,* Bologna: Il Mulino.

TAWNEY, R. H. (1979) in TOUSIJN, W. (a cura di) *Sociologia delle professioni,* Bologna: Il Mulino. p. 45 – 60.

TIRYIAKIAN, E. A. (2005) O Trabalho em Émile Durkheim, *in* MERCURE, D. e SPURK, J. (org.) *O Trabalho na História do Pensamento Ocidental,* Petrópolis, Vozes.

TOUSIJN, W. (1979) Introduzione, in TOUSIJN, W. (a cura di) *Sociologia delle professioni,* Bologna: Il Mulino.

TUCCI, U. (1997) Le professioni nella Piazza universale di Tommaso Garzoni, *in* BETRI, M. L. e PASTORE, A. (a cura di) *Avvocati, Medici, Ingegneri: Alle origini delle professioni moderne*. Bologna: CLUEB. p. 29 – 40.

VACHET (1977) L'exercice de l'activité libérale salariat-indépendence, *in Les professions libérales*. Journées nationales association Henri Capitant. Nice.

VENÂNCIO FILHO, A. (1982) *Notícia Histórica da Ordem dos Advogados do Brasil 1930-1980*. Rio de Janeiro: OAB.

WEBER, M. (2000) *Economia e Sociedade – Fundamentos da Sociologia Compreensiva*, v. 1 (trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa) 3ª ed., Brasília: UnB.

WEBER, M. (2001) *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Martin Claret.

VIGORITA, V.S. e PALMA, G. (1957). Professione e Lavoro (Libertà di), in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, 3ª ed., p. 14-21, Torino: Torinese.

WILENSKY, H. L. (1964) The Professionalization of Everyone? *American Journal of Sociology,* 2, 70, p. 137-158; trad. it. parziale in TOUSIJN, W. (a cura di) *Sociologia delle professioni, Bologna: Il Mulino, 1979, p. 113-135.*

WRIGHT MILLS, C. (1976) *A Nova Classe Média* (trad. Vera Borda). Rio de Janeiro: Zahar.